Digitized by Google

URID. LEIHINSTITUT
HERMANN BAHR
BERLIN
LINKSTRASSE 43.

57+37b

HARVARD LAW LIBRARY.

Received July 25, 1901

Digitized by Google

Digitized by Google

Sammlung

der

Entſcheidungs-Gründe

des

Ober-Appellations-Gerichts

der

vier freien Städte Deutſchlands

zu Lübeck

in

bremiſchen Civil-Rechtsſachen.

(Statt der Abſchrift für bremiſche Theilnehmer der Sammlung als Manuſcript gedruckt.)

Vierter Band,

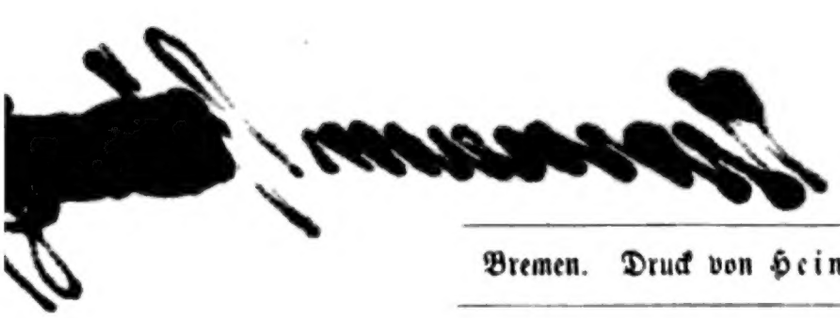
enthaltend die Jahrgänge 1857, 1858, 1859, 1860, 1861.

Bremen 1862.

J. G. Heyſe's Verlag.

Digitized by Google

Rec. July 25, 1901



Bremen. Druck von Heinrich Strack.

Digitized by Google

Register

zu den

Entscheidungs-Gründen

des

Ober-Appellations-Gerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

in

bremischen Civil-Rechtssachen.

Vierter Band.

1857, 1858, 1859, 1860, 1861.

Digitized by Google

Digitized by Google

Namenregiſter*).

Seite

Bauerſchaft Haſtedt c. den Staatsanwalt 211
Bergmann, Joh. Heinr. c. Georg Daniel Lürßen Kinder Curatoren 495
Blaſius, Carl Georg c. Joh. Friedr. Hartmann 559
Bley, Georg Wilh., Wittwe c. den Staatsanwalt 520
Block, Conrad c. D. Hagens 277
Bödecker, Friedr. Wilh., modo deſſen Wittwe c. Joh. Engelbert Minnig 81
Boes, L. Eduard c. Diedrich Meyer 309
Bockelmann, J. F. c. Max. Edm. Heuzenröder Ehefrau ad caus etc. 85
B . . . ., J. F. c. Dr. M. 199
Böning, Franz Joſeph c. Aug. Wilh. Schünemann . . . 471
Busjaeger, Carl c. Carl Heinr. Gottl. Reimer Debitm. Dep. 321
Campe, W. c. Heinr. Adolph Mohrhoff 17
Cohen, Julius Salomon c. Carl Detmar Stahlknecht . . 329
Cornelius, Cornelius Janſſen, Wittwe c. das Amt Bremerhaven 381
Deetjen, Chriſtian u. Rauſchenberg, Herm. c. Gerh. Friedr. Wilh. Webring Wittwe 439
Delius, Everhard c. Joh. Heinr. Stuckenſchmidt als Liquidanten zur Concursſache von C. W. H. Bartels 39
Droop & Frege c. Berthold Huchting 51
Focke, Gebrüder c. C. Woltmann 73
Forſyth, Thomas c. denſelben modo deſſen Conc. Curator 91
Fouckhardt, Heinr. Vorm. c. Joh. Heinr. Warncken . . . 507
Groſſe, Johannes Eduard c. Friedr. Otten 247
Hagemann, Joh. Jac. Wittwe c. Joh. rect. Julius Guſtav Adolph Mack 217

*) Der Name des Klägers iſt vorangeſtellt, auch wenn Beklagter Appellant war.

Digitized by Google

Seite

Hagens, Berend c. Arend Solte, Wwe. 113
Hagens, Diedrich c. Joh. Gartelmann 235
Hastedter Bauerschaft c. den Staatsanwalt 211
Hoblt, Friedr. Wilh. Ehefrau c. ihren Ehemann 351
Höpken, J. & G. c. Wm. Brandt & Co. 427
Hoppe & Kempermann Debitm. Dep. c. Hayssen & Co. 465
Huntemann, Diedr. Wilh. Wwe. Erben c. den Staatsanwalt 337
Kalkmann, Louis F. & Co. c. Pavenstedt & Co. . . . 103
Knochenhauer-Amt c. den Staatsanwalt 261
Kübtmann, Johannes c. Hermann Schaffert 139
Leupold, Heinr. c. Den Verein von Privatassecuradeuren und die Assecuranz-Compagnie Hansa 371
Löning & Feuerstein c. Osterloh & Co. 497
Lürßen, Christian Friedr. c. C. D. Stahlknecht 221
Nolte, Joh. Wilh. & Sohn c. die Assecuranz-Compagnie Hansa 377
Oersen, Joh. Heinr. c. die deutsche Phönix-Versicherungs-Gesellschaft in Frankfurt a/M. 41
Paatz, Heinr. Wilh. c. Bernhard Dreßler 227
Pandorf, Carl c. N. D. H. Blohm & Sohn Conc.-Curator 423
Paulsen, L. F. & Co. c. Joh. Friedr. Carl Kobt 548
Paulsen, Mads Nielsen c. den Norddeutschen Lloyd . . 496
Pieper, H. W. und H. D. W. c. Simon Herm. Diedr. Bruns 179
Rauers, Joh. Wilh. c. den Staatsanwalt 271
Rehling, Joh. Heinr. c. Joh. Heinr. Georg Bahland . . 345
Reimer, Carl Heinr. Gottl. c. Carl Winter 150
Riedel, Gustav & Co. Debitm. Dep. c. Frerk Balleer . . 361
Rutenberg, Georg c. Georg Daniel Lürßen Kinder Curat. 495
Schlachter, Karl Friedr. Heinr. c. Friedr. Schwartje . . 5
Schlosser- und Schmiedeamt c. Heinr. Rüppel & Sohn . . 459
Schmid, Georg Friedr. c. Joh. Christian Pundsack 1
Schmidt & Fuhrken c. Hoppe & Kempermann 243
Schneider-Amt c. Barkhausen & Menke 63
Schultze, Ernst Friedr. und Dr. Friedr. Wilh. Schlodtmann, Extrajudicial-Appellation 133
Schumacher, Georg, modo Wöltje Schumacher Vorm. c. Johann Plate 119
Stindt, Joh. Diedr. c. E. Merle & Co. 23

Digitized by Google

Seite

Symonds, Thomas Edward, zur Unterſuchungsſache wider Ratje Siedenburg 411
Tiſchler-Amt c. Carl Poppe 159
Tyng, Charles c. Thomas Edward Symonds 395
Wätjen, Hermann c. die Neue Aſſecuranz-Compagnie und die See-Aſſecuranz-Compagnie 451
Derſelbe c. den Verſicherungsverein, die Neue Aſſecuranz-Compagnie und die Seeaſſecuranz-Compagnie 491
Wätjen, Hermann jun. c. C. F. Labuſen 183
Derſelbe c. die Niederrheiniſche Güter-Aſſecuranz-Geſellſchaft 476
Warburg, M. M. & Co. c. Heinr. Johs. Lampe als pp. 165
Weber, Richard c. Heinr. A. Warneken als pp. 335
Winter, Carl Ehefrau c. ihren Ehemann und Carl Heinr. Gottlieb Reimer ad caus pp. 155
Zimmer-Amt c. Arend Poppe Wittwe 61

Druckfehler:

S. 39. Z. 2, muß es heißen ſtatt Interveniantens: Intervenientens.

S. 324. Z. 4, muß es anſtatt „allerdings ausgeſchloſſen“ heißen: „allerdings nicht ausgeſchloſſen.“

Digitized by Google

Digitized by Google

Sachregister.

A.

Seite

Actio legis Aquiliae,

oder wenigstens eine ihr nachgebildete in factum actio findet auch gegen Denjenigen statt, der ohne unmittelbare körperliche Einwirkung, durch sein positives Thun nur die Veranlassung gegeben hat, causam praestitit, daß ein Anderer zu Schaden gekommen, sofern ihn hiebei der Vorwurf eines Verschuldens trifft 7

Actio Pauliana.

Voraussetzungen derselben mit Rücksicht auf die §§. 31. und 35. der Brem. Verordn. für Debit- und Nachlaß-Sachen 363 ff.

Amtsgerechtsame, siehe Zunftgerechtsame.

Appellation.

Die willkürliche Reduction des Streitgegenstandes unter die Appellationssumme von Seiten des Appellaten nach eingeführter Appellation hebt die Appellabilität nicht auf 310 347

Frist zur Einführung der Ober-Appellation. Der Lauf derselben wird während der Gerichtsferien vom 22. Juli bis zum 31. August ganz gehemmt 346

Appellationssumme.

Macht die Coursdifferenz zwischen Gold und Courant das Object zu einem Gegenstande von unbestimmtem Werthe, welcher sich nicht schätzen läßt? 347

Die Appellationssumme wird bei unzureichendem Capital durch gleichzeitig geforderte Vertragszinsen nicht erfüllt. 349

Arrêté.

Bedeutung eines solchen in der s. g. französischen Zeit .. 266

Assecuranz.

Folgen des in §. 76. der Versicherungsbedingungen der Brem. Seeversicherungs-Gesellschaften vom 1. Januar 1854 liegenden Verzichts in Betreff der verwandschaftlichen Beziehungen eines an der Entscheidung Theil nehmenden Richters 372 ff. 378 ff.

Digitized by Google

Seite

Verſicherung von Frachtgeldern 478
§. 41. der Bremiſchen Verſicherungsbedingungen v. 1854. 483

B.

Beſitz.

Klage auch gegen eine Staatsbehörde zuläſſig, von welcher die Störung oder Entziehung ausgegangen iſt, wenn nicht klar vorliegt, daß ſie nur auf ſpecielle Anweiſung der höchſten Staatsgewalt thätig geworden iſt..... 387

Beſitzklagen

in Deich- und Wegeſachen 385

Beweis.

Widerſpruch von Zeugen- und Sachverſtändigen-Ausſagen 523

C.

Ceſſion.

Unter Ceſſion einer Forderung iſt nur die Uebertragung zu verſtehen, welche die Vortheile der Forderung dem Vermögen des Ceſſionars zuwendet. Ein Encaſſirungsmandat kann alſo nicht als Rechtstitel einer Ceſſion aufgefaßt werden..... 19

Legitimationserforderniſſe des Ceſſionars..... 324
Erforderniſſe..... 468
Wirkungen der Denunciation..... 556

Chartepartie, ſiehe Ladung.

Clauſeln.

Der Clauſel: „Penalty for nonperformance of the charterparty“ ungeachtet, kann nach Engliſchem Rechte der Stipulant nur ſein wirkliches Intereſſe liquidiren und ſelbſt ein ſich höher belaufendes, als die Clauſel enthält..... 100

Bei Pönalſtipulationen iſt auf die formelle Faſſung der Pönalclauſel nicht ausſchließliches Gewicht zu legen, vielmehr auch in dem Falle eines einfachen bedingten Pönalvertrags ſtets deſſen Beziehung auf die Hauptobligation feſtzuhalten, deren Erfüllung durch jenen geſichert werden ſoll..... 140

Colliſion der Statuten:

wenn ein Erfüllungsort verabredet iſt. 482

Compenſation, ſ. a. Zahlung.

Deren Wirkung ipso jure..... 298

Digitized by Google

Seite

Compensanda in Ermangelung besonderer Erklärungen auf die lästigere Schuld in Ansatz zu bringen. 304

Compensation einer Gegenforderung gegen die cedirte Forderung nach eingetretener Denunciation. 553

Competenz, siehe Gerichte.

Concurs, siehe a. Cridar, Proceßkosten, Zinsen.

Concurs.

Beweiskraft der Erklärungen des Cridars vor seinem Concurse zu Gunsten seiner Ehefrau über die Größe und Auszahlung ihrer Illaten in die Ehe. 442

Connoissement.

Erforderniß der Unterschrift des Schiffers oder einer zu dessen Vertretung befugten Person. 105

Consignationen.

Verschiedene Arten überseeischer Consignationen, Stellung des Vorschußgebers bei denselben. 169

Conto-Courant.

Die Natur des Rechnungsverhältnisses der kaufmännischen Conto-Courant. 295

Cridar.

Bekenntnisse des Cridars vor Ausbruch des Concurses haben volle Beweiskraft im Liquidationsverfahren, wenn nicht nach Zeit und Umständen der Verdacht begründet ist, daß sie in fraudem creditorum oder Einzelner derselben abgelegt. 39

D.

Datio in solutum

nach den für eigentliche Zahlungen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. 296

Deich.

An dessen Fläche kann juristischer Besitz eines Privaten bestehen. 389

Deichlast.

Administrativ polizeiliche Maßregeln, welche auf gehörige Instandhaltung von Deichen gerichtet und zu wirksamem Schutze der eingedeichten Ländereien und der allgemeinen Landesinteressen unerläßlich sind, gehören zur Competenz der vorgesetzten Deichbehörde, können von dieser provisorisch exequirt werden, unterliegen weder in Bezug auf Rechtmäßigkeit, noch Zweckmäßigkeit einer Competenz der Gerichte, sondern können lediglich Gegenstand von Remonstrationen bei der erlassenden, oder von Recursen an den Senat werden. 213

Seite

Deich- und Wegesachen.

Besitzstreitigkeiten mit Rücksicht auf §. 2. der Brem. Ger. Ordn. 384 ff.

Domicil.

Erfordernisse..... 335

E.

Ehe.

Trennung von Tisch und Bett wegen Sävition und schlechter Behandlung der Ehefrau..... 352

Trennung von Tisch und Bett: Erziehung der Kinder, Alimentationspflicht des Ehemannes..... 356 ff.

Empfang.

Empfang ist der auf reelle Oblation des Verkaufsgegenstandes folgende Act, durch welchen der Käufer erklärt, daß er denselben als Erfüllungsmittel des Handels gelten lasse..... 194

Erbe- und Handfestenordnung.

Der Käufer, welcher in einer öffentlichen Auction ein Immobile erstanden und nicht von dem Rechte, einen anderen Käufer zu substituiren, innerhalb der in den Verkaufsbedingungen ihm dazu verstatteten Frist Gebrauch gemacht hat, kann nicht nach Ablauf der letzteren verlangen, daß auf Grund geschehener Cession oder Delegation und zur Vermeidung doppelter Staatsabgabe das Zuschlagsprotocoll auf seines Käufers Namen ausgestellt werde..... 134

Etablissement.

Bedeutung des Ausdrucks: „Sich etabliren.“ 142

Expropriation.

Das Bremische Recht gesteht dem Expropriirten nicht ein Rückforderungsrecht bezüglich des für die neuen Anlagen nicht Benutzten zu, es sei denn, daß ihm dasselbe bei dem Expropriationsbeschlusse für den später eintretenden Fall der Nichtverwendung eines Theils des Grundstücks ausdrücklich eingeräumt wäre..... 273

Ein gemeines Recht besteht in Beziehung auf die Expropriation nicht..... 275

F.

Forderungen:

bedingte, betagte, in wiefern vom Creditor eine Cautionsleistung verlangt werden kann..... 516

Digitized by Google

Seite

Frachtcontract:

in wiefern Rücknahme der Waare in einem Nothhafen oder Untergang der Waare den Verluſt der Frachtvergütung nach ſich zieht. 478

Frachtvergütung im Falle der Deſtinatair verſchlechterte Waare, oder im Falle er ein Aequivalent der Waare erhält. 480

Frachtvergütung für vom Schiffer im Nothhafen veräußerte Güter..... 480

G.

Gerichte, ſiehe a. Proceß.

Gerichte.

Competenz derſelben bei ſtreitigen Grenzen zwiſchen dem Staate und einem Privaten. 383

Gerichtsferien, ſiehe Appellation.

H.

Handelsgeſchäfte.

Die Umwandelung von Anſprüchen aus Handelsgeſchäften in Obligationsforderungen hindert die Anwendung der Verordnung vom 25. Auguſt 1848 nicht..... 424 ff.

I.

Injurien.

Abndung einer von einem Sachführer in einem Proceſſe wider die Gegenpartei ausgeſtoßenen Injurie auf erfolgte Anſtellung einer äſtimatoriſchen Injurienklage..... 200

Inſolvenz.

Begriff derſelben. 369

Juramentum in litem:

nach gemeinem, nach bremiſchem Rechte. 535

K.

Kauf, ſiehe a. Empfang, Periculum.

Kauf.

Inwiefern die Hinzufügung des Worts „circa“ bei Verkäufen nur als zu Gunſten des Verkäufers hinzugefügt anzuſehen. 75

Falls dem Verkäufer die Ausſcheidung der species überlaſſen iſt, ſo iſt die Specialiſirung des Objects eingetreten, wenn ſie in einer Weiſe erfolgt iſt, welche den Verkäufer an der Subſtituirung einer anderen species hindert. 315

Unterſchied zwiſchen bloßem Ablehnen des gekauften Gegenſtandes mittelſt Vorſchützen der exceptio non adimpl.

Digitized by Google

Seite

contract. und Anſpruch auf Schadenerſatz wegen mangelhafter Erfüllung des Vertrags..... 317

Eine Dispoſition über die Waare ſteht der Minderungsklage nicht entgegen..... 255

Klage des Käufers wegen dolus. 437

Kauf über ein genus:

Durch Lieferung, Annahme und Weiterverkauf wird der Gegenſtand eine species..... 434

Kauf auf Lieferung.

Bedeutung der Clauſel: gute geſunde Waare gleich nach ... abzuladen und frei hier ..... zu liefern, und der Moment des Ueberganges der Gefahr der Verſchlechterung auf den Käufer. Beweislaſt. 312 ff.

Kauf nach Probe. Mängel der Probe. Dolus.

Auch beim Kaufe nach Probe iſt der Käufer berechtigt, wegen ſolcher Mängel, die zwar bereits der Probe anklebten, aber aus derſelben nicht zu erkennen ſtanden, oder ihm in Folge eines dolus des Verkäufers unbekannt geblieben ſind, Schadloshaltung zu fordern. Wann iſt in ſolchem Falle dolus vorhanden? 251

Monita gegen Qualität der Waare.

Der feſtſtehende Satz, daß der Käufer oder Beſteller einer ihm zukommenden „Waare", der die an derſelben vorhandenen Mängel nicht alsbald nach deren Empfang rüge, als die Waare billigend behandelt werde, iſt nicht ohne Weiteres auch auf „Proben" anzuwenden; ob und wieweit dies der Fall, iſt nach den concreten Verhältniſſen des einzelnen Falles und unter Berückſichtigung der in Handelsgeſchäften unter den Contrahenten zu beachtenden bona fides und gegenſeitig geſchuldeten Diligenz im Allgemeinen zu beurtheilen. ..... 53 sq.

Unterſuchung der Waare.

Wann iſt der Käufer bei Waaren, welche von Bord zu Bord übergeladen werden ſollen, zu einer Unterſuchung der Waare verpflichtet? 254

Kaufmänniſche Rechnungsverhältniſſe, ſiehe Zahlungen.

Knochenhauer-Amt, ſiehe Zunftgerechtſame.

L.

Ladung.

Interpretation des Satzes einer Charterpartie: „falls dann die Befrachter ꝛc. keine Ladung geben können." 30

Digitized by Google

Seite

Laesio enormis.

Die Grundſätze von der laesio enormis ſind nicht anwendbar, wo von einem allgemein geltenden und mit Sicherheit beſtimmbaren Preiſe nicht wohl die Rede ſein kann, z. B. Gemälden. 82

Liegetage. Ueberliegetage.

Den durch den Befrachter veranlaßten Aufenthalt im Ordrehafen muß dieſer ſich auf die Liegetage ꝛc. anrechnen laſſen. 94

M.

Makler.

Oeldmakler, deſſen rechtliche Stellung. 330

Mandat,

dahin, daß der Mandatar die Geſchäfte eines Dritten gerire. 511

P.

Partei.

Der Tod derſelben hat die Verpflichtung des Anwalts zur Namhaftmachung der Erben zur Folge. 433

Periculum.

Der Käufer einer gewiſſen mit einem beſtimmten genannten Schiffe zu verladenden Quantität Häute hat von dem Tage der Verladung an das peric. deteriorationis zu tragen, nicht erſt vom Tage des abgeſchloſſenen Kaufs an. 187

Pfandrecht.

Stellung des Pfandgläubigers in Betreff eines ihm verpfändeten nomen. 167

Württembergiſches 156

Possessorium ordinarium in Deich- und Wegeſachen. 386

Possessorium summarissimum

iſt in den Fällen des §. 2. der Brem. Ger. Ordn. unzuläſſig. 385

Privilegien.

Verletzung derſelben durch dritte Perſonen. 463

Prozeß, ſiehe a. Appellation, Appellationsſumme, Beweis, Partei, Prozeßkoſten.

Prozeß.

Es iſt unſtatthaft, der angeſtellten Klage in höherer Inſtanz eine neue zu ſubſtituiren, oder mit ihr zu cumuliren. 4

Wer ſich im erſten Verfahren auf Etwas als ein Beweismoment berufen hat, braucht ſich in der Beweisinſtanz nicht abermals darauf zu beziehen. 21

Das Ober-Appellationsgericht hat beſtändig die Regel befolgt, daß es, abgeſehen von beſonderen etwa entgegenſtehen-

Digitized by Google

Seite

den Zweckmäßigkeitsgründen, immer selbst das ausgesprochen hat, was der untere Richter zu erkennen gehabt haben würde, wenn der Punkt bereits hinreichend instruirt war. 26

Ueber die Zulässigkeit von subjectiven Klagencumulationen. 114

Appellabilität bei Gegenständen von unbestimmtem Werthe. 120

Eine nachträgliche Vernehmung von Gegenbeweiszeugen nach eröffnetem Rotul ist gemeinrechtlich und nach bremischem Rechte weder in erster, noch in höherer Instanz gestattet, selbst wenn die Zeugen neu aufgefunden sind. 130

Die Beibringung einer nach Ablauf der Beweisfrist vom Producenten neu aufgefundenen Urkunde, die er selber im Besitz gehabt, ist nur im Falle eigenen Unverschuldens zulässig. 131

Die nackte Behauptung einer von dem klaren Wortverstande einer Urkunde abweichenden Absicht der Parteien genügt nicht, um den Inhalt einer Beweisauflage zu bilden..... 152

Appellabilität. Bedeutung des §. 490. sub b. der Ger. Ordn..... 179

Kann mittelst bloßen Antrags auf Requisition resp. Adjunction von Acten, ohne gleichzeitige schriftliche Vorlage der aus solchem inducirten Documente, der Beweisantritt erfolgen? 180

Da die Bitte um Adjunction von Acten (einheimischer Behörden und Gerichte) der Real- und Original-Production von Urkunden gleichsteht, so läuft die Gegenbeweisfrist erst von da ab, wo mit wirklich eingetretener Adjunction der Product in den Stand gesetzt ist, auch die nicht sofort vorgelegten Documente des Producenten zu seinem Gegenbeweise zu benutzen..... 181

Adhäsion ist nach der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung §. 135 nur gegen diejenigen Theile des Erkenntnisses zulässig, über welche sich auch der Appellant beschwert hat..... 201

In der Versicherung eines Anwalts auf seinen Amtseid, daß nur durch seine Schuld die Nothfrist zur Rechtfertigung der Appellation nicht gewahrt worden, kann bewandten Umständen nach eine Bescheinigung für diese Verschuldung gesehen werden..... 217

Es präjudicirt einer Partei nicht, wenn sie ein Erkenntniß, welches ihren Anträgen entspricht, unangefochten läßt, obwohl Unter-Entscheidungen in einem ihren Ausführungen entgegengesetzten Sinne ausgefallen sind. Es steht ihr vielmehr frei, wenn die andere Partei appellirt, falls es später darauf ankommen sollte, in den folgenden Instanzen auf die verworfenen Momente zurückzukommen..... 231

Digitized by Google

Seite

Zu §. 292. 2. der Ger. Ordn. Die richterliche Thätigkeit wird nicht ausgeschlossen, wenn ein Richter früher in einer öffentlichen Eigenschaft, z. B. als Mitglied der Bürgerschaft bei der Angelegenheit mitgewirkt hat. 62

Der Richter hat das Recht zu untersuchen, ob die verfassungsmäßigen Factoren der Gesetzgebung zu einem Gesetze, dessen Rechtsbeständigkeit bestritten wird, mitgewirkt haben, darf aber nicht weiter untersuchen, ob diese Factoren sich auch die in gewissen Fällen ihnen vorgeschriebene Belehrung überhaupt oder gehörig verschafft haben. 263

Zur Beweisantretung durch Zeugen genügt beim Handelsgerichte deren Benennung ohne specielle Angabe der Beweispunkte. 323

Einrede in der Revisionsinstanz noch zulässig, falls in erster Instanz bereits die Thatsachen behauptet sind. 397

Cautio pro reconventione, Bedeutung nach gemeinem und bremischem Rechte. 430

Ob die Anmeldung der Wiederklage ein zur Unterbrechung der Verjährung geeigneter Act sei? 434

Verzicht auf die Inhabilität eines Richters vor einem unteren Gerichte kann nicht ohne Weiteres auf das obere Gericht ausgedehnt werden. 453

Inhabilität der Richter, in wiefern der §. 76. der Brem. Versicherungsbedingungen einen Verzicht enthält. ..... 453 ff.

Ob noch auf Beweis förmlich zu erkennen, wenn die Wahrheit von Thatsachen aus den verhandelten und connexen Acten hervorgeht. (§. 166 der Brem. Gerichts-Ordnung.) ... 551

Prozeßkosten.

Die Kosten des Liquidationsverfahrens im Concurse werden, abgesehen von einem Verschulden der Massevertreter, compensirt, da den Creditoren, der Masse gegenüber, im Allgemeinen die Pflicht zur Justification ihrer Forderungen obliegt. 87

Q.

Quittungen.

Beweiskraft derselben im Verhältniß zu bloßen Ersuchungsschreiben. 289

Quittungen des Ehemannes über die Illaten seiner Ehefrau. Deren Beweiskraft, wenn der Aussteller später insolvent wird. 442

S.

Seerecht, siehe auch Schiffer.

Digitized by Google

Seite

Seerecht.

Engliſche Rechtsanſichten entſcheiden bei der Auslegung eines in England unter Parteien, von denen einer ein Engländer iſt, geſchloſſenen, wenngleich in Deutſchland litigiöſen Contracts, dem ein in allen Theilen von Engliſcher Rechtsauffaſſung und Geſchäftsweiſe zeugendes Formular zu Grunde gelegt iſt. 96

Seereiſen.

Zwiſchenreiſen (Monatstouren) in oſtindiſchen Gewäſſern. 221

Schaden an einem Gebäude, verurſacht durch die Erhöhung einer Straße..... 534

Schadenerſatz.

Worin beſteht derſelbe, wenn die Verfrachter ihre contractliche Verpflichtung, das eingenommene Gut an den Beſtimmungsort zu ſchaffen und daſelbſt gehörig wieder abzuliefern, nicht erfüllen? 245

Schadensforderungen.

Schadensforderungen gegen den Staat, in Fällen, wo ein neues Geſetz Privatrechte verletzt und über die Entſchädigungsfrage ſchweigt, unterliegen der Cognition der Gerichte..... 266

Schiffer.

Der Schiffscapitain iſt verpflichtet, für den guten Zuſtand des Schiffs und Schiffsinventars zu ſorgen, woraus aber nicht ohne Weiteres folgt, daß derſelbe ſich von der guten Beſchaffenheit z. B. jedes einzelnen Taues in ſteter perſönlicher Gewißheit zu erhalten hätte. Er darf vielmehr annehmen, daß die mit den qu. Gegenſtänden täglich umgebenden Perſonen ihm von Mängeln Anzeige machen werden. 10

Haftung deſſelben für Mängel des Schiffs. 10

Umfang der Legitimation eines im Auslande befindlichen Schiffers im Verhältniſſe zum Rheder. 33

Schneider-Amt, ſiehe Zunftgerechtſame.

Schuldverſchreibungen und Quittungen.

Deren Beweiskraft, wenn der Ausſteller ſpäter inſolvent iſt. 442

Sklavenhandel

nach Bremiſchen Geſetzen ein negotium illicitum, daher kann aus demſelben kein Recht hergeleitet werden..... 398

Im Falle der Freiſprechung des aufgebrachten Schiffes genügt zur Verurtheilung des Captors zur Entſchädigung der Schiffs- und Ladungsintereſſenten jede wirkliche Verſchuldung nach den Grundſätzen der Acquiliſchen Klage; zur Verurtheilung des als Denuncianten zu behandelnden Captors in die Unterſuchungskoſten gehört aber dolus oder culpa lata..... 413

Digitized by Google

Seite

Vollmachten der Kreuzer, Umfang derselben 415
Befugnisse des Captors..... 416 ff.

Societät:

egestas des einen socius..... 474

Steuerverordnung.

Uebertretungen derselben, ob sie zur Competenz des Criminalgerichtes oder der sonstigen Gerichte gehören..... 541

Straße, öffentliche.

In wiefern der Anlieger bei deren Veränderung Schadensansprüche geltend machen kann..... 338 ff.

T.

Tischler-Amt, siehe Zunftgerechtsame.

U.

Untersuchung der Waare, s. Kauf.

Usufructuar

hat utiliter die dem Eigenthümer zustehenden Interdicte. 389

V.

Verkaufs-Commission.

Rechtliche Natur der Vorschüsse, welche von dem Commissionair geleistet werden..... 499

Commissionair hat summam diligentiam zu prästiren. 500

Beweislast, im Falle eine Verschuldung des Commissionairs behauptet wird..... 501

Commissionair, dessen Auskunfts- und Justificationspflicht dem Committenten gegenüber..... 502

Wenn der Commissionair unter limitum verkauft hat, steht ihm der Beweis frei, daß der Committent überhaupt keinen Schaden, oder doch einen geringeren als aufgestellt, erlitten. 506

Verpfändung.

Auslegung der Brem. Verordnung vom 25. August 1848. 364

Versicherung, siehe Assecuranz.

Verträge zu Gunsten Dritter..... 511

W.

Wechselaccepte in blanco:

Ordentlicher Weise ist Deckung vor Verfall zu machen..... 367 368

Digitized by Google

Seite

Z.

Zahlungen.

Anwendung der wegen Anrechnung unbestimmt erfolgter Zahlungen beim Vorhandensein verschiedenartiger Schuldverhältnisse vorkommenden Grundsätze auf Compensationen und kaufmännische Rechnungsverhältnisse. 295

Zahlung tilgt zunächst die lästigere Verbindlichkeit des Schuldners. 297

Begriff und Natur derselben. 331

Gegenstand derselben. 332

Zeugen.

Die aus der persönlichen Verdächtigkeit eines Zeugen erwachsenden Bedenken können nicht nur durch die Unterstützung, welche dessen Angaben in anderweit constatirten Momenten finden, sondern auch durch die innere Beschaffenheit der Aussage selbst in solchem Maaße entkräftet werden, daß diese Aussage bei Vertheilung der Eidespflicht entscheidend ins Gewicht fallen müssen; auch kann durch das Zusammentreffen zweier solcher Zeugenaussagen, auch wenn es an sonstigen directen Beweismomenten fehlt, die Auflegung eines Erfüllungseides motivirt werden. . . 563

Zimmer-Amt, siehe Zunftgerechtsame.

Zinsen.

Die weitere Verzinsung seit eröffnetem Concurse versteht sich für den Bürgen von selbst; der Zinsenlauf wird nur in Beziehung auf die Masse nach §. 160. der Erbe- und Handf.-Ordn. sistirt. 153

Ein Geldwechsler ist bei laufenden Geschäften berechtigt, das Schlußergebniß seiner Vorschüsse nebst Zinsen als neuen verzinsbaren Saldo festzustellen. 153

Zunftgerechtsame.

Knochenhauer-Amt.

Ueber die Verordnung vom 1. Decbr. und die Polizeiliche Bekanntmachung vom 9. Decbr. 1854. 261

Schneider Amt.

Der feile Verkauf fertiger neuer weiblicher Kleidungsstücke, welche Schneiderarbeiten sind, ist ein Eingriff in die Gerechtsame des Schneideramts. 63

Tischler- und Zimmeramt.

Amtsgerechtsame derselben in Bezug auf Windeltreppen. 160

Urtheil.

In Appellations-Sachen Georg Friedrich Schmid zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, wider Johann Christian Pundsack daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, Ansprüche aus einem Contracte betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem dem Kläger gegen deren Desertion Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt worden, für berichtigt anzunehmen, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 3. März v. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, soweit nicht bereits darüber erkannt worden, zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 26. Januar 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Brémer,

Secretarius.

Entscheidungsgründe.

Die vom Obergerichte erkannte Abweisung der Klage angebrachtermaaßen mußte um so mehr bestätigt werden, als theil-
pag. 2. weise wenigstens eine gänzliche Abweisung derselben füglich hätte erfolgen können.

I. Die lediglich auf den mit dem Beklagten am 22. November 1837 geschlossenen Vertrag gegründete Klage behauptet, so wie sie in der Replik noch näher erläutert ist, der Beklagte habe sich zur Beseitigung des gegen dessen Ankauf des väterlichen Erbes am Markt für 8000 ℛ, vom Kläger erhobenen Widerspruchs in dem gedachten Vertrage verpflichtet,

A. sich dieses Erbe bei der künftigen Erbtheilung ausschließlich zu Gunsten seiner, des Klägers, zu 10,000 ℛ anrechnen und also ihm allein die überschießenden 2000 ℛ zukommen zu lassen; ferner

B. Alles, was er bei Lebzeiten seiner Eltern von diesen
pag. 3. zum Voraus erhalten sollte, und namentlich die von dem gedachten Erbe bei Lebzeiten der Eltern gezogenen Nutzungen, dem Kläger herauszugeben, daher er schuldig sei, zunächst Rechnung über diese Nutzungen abzulegen.

Was nun

ad A. den ersten Anspruch betrifft, so hat das Obergericht den darauf gegründeten Antrag auf Anerkennung des Rechts des Klägers deshalb zurückgewiesen, weil der Beklagte seine Verpflichtung sich das Haus zu 10,000 ℛ anrechnen zu lassen, wie der Kläger selbst habe einräumen müssen, nie bestritten und in diesem Processe ausdrücklich anerkannt, ja durch Auszahlung dieser vollen Summe, so weit noch rückständig an den Testaments-Executor Dr. Pfeiffer sogar erfüllt habe. Indessen reicht
pag. 4. dieser Grund nicht aus. Denn der Kläger verlangt, wie bemerkt, die Anerkennung seines alleinigen Rechts auf die 2000 ℛ, mit Ausschluß also nicht nur des Beklagten, sondern auch des vorhandenen dritten Miterben, und diese Anerkennung hat der Beklagte verweigert, indem er der Ansicht ist, daß darüber nur

Digitized by Google

dem Testaments-Executor ein Urtheil zustehe. Es ist daher nöthig, den Anspruch selbst zu prüfen.

Allein wenn man auch davon absieht, daß es unstatthaft ist, eine persönliche Klage, wie die gegenwärtige, auf bloße Anerkennung des Rechts zu richten, so ist es klar, daß der Anspruch des Klägers in dem obgedachten Vertrage durchaus keine Unterstützung findet, indem der § 2 dieses Vertrags, welcher dahin lautet:

> Dagegen läßt sich J. C. Pundsack das gedachte Erbe, pag. 5.
> welches er nur zu 8000 ℛ gekauft hat, bei der künftigen Theilung des elterlichen Nachlasses zu 10,000 ℛ anrechnen,

so entfernt davon ist, der Prätension des Klägers das Wort zu reden, daß er vielmehr klar das Gegentheil enthält.

Was aber

ad B. den zweiten Anspruch betrifft, so kann man es hier ganz unerörtert lassen, ob wirklich der Vertrag dem Kläger ein ausschließliches Recht giebt auf die Vortheile, welche dem Beklagten aus dem von ihm erkauften väterlichen Hause bis zum Tode beider Eltern zugeflossen sein sollen, da für die Abweisung der auf Rechnungsablage über die gezogenen Nutzungen gerichteten Klage schon genügt, daß, wie in den Entscheidungsgründen pag. 6.
zu den Obergerichts-Erkenntnissen vom 8. October 1855 und 3. März 1856 erschöpfend ausgeführt ist, ein solches Recht auf Rechnungsablage jedenfalls aus dem Vertrage nicht abgeleitet werden kann.

Zwar tritt der Kläger in gegenwärtiger Instanz mit der Behauptung hervor, er habe von Anfang an mit der Klage und dem Vertrage die familiae erciscundae actio verbunden, wenigstens sei, da er als Miterbe geklagt, seine Klage so aufzufassen, als habe er es gethan, und mit dieser Klage könne er jedenfalls vom Beklagten die fragliche Rechnungsablage fordern. Allein wenn man auch dem Kläger, welcher selbst einräumt, daß die Erbtheilung von dem im Testamente seiner Schwiegereltern er- pag. 7.
nannten Testaments-Executor vorzunehmen sein werde, das Recht einräumen will, einen seiner Miterben auf Erbtheilung zu belan-

Digitized by Google

gen, wenn man ferner auch annehmen könnte, daß hier, wo es sich weder von Geltendmachung einer auf Gesetz oder Testament sich gründenden Collationspflicht und eben so wenig von der Rechnungsablage über Nutzungen handelt, die vom Beklagten aus einer res communis der Erben gezogen sind, die familiae erciscundae actio die geeignete Klage wäre, so ist doch jedenfalls entscheidend, daß der Kläger seinen Anspruch auf Rechnungsablegung nicht nur in erster Instanz ausdrücklich nur auf
pag. 8. den Contract gegründet, sondern nachdem das Obergericht in seinem ersten Urtheil hierauf ein entscheidendes Gewicht gelegt hatte, auch in zweiter Instanz dagegen nichts erinnert hat, es aber völlig unstatthaft ist dieser Klage, zumal erst in höchster Instanz eine neue zu substituiren oder mit ihr zu cumuliren.

Wenn aus der bisherigen Ausführung die Verwerflichkeit der ersten und zweiten auf eine sofortige Verurtheilung des Beklagten gerichteten Beschwerde sich ergiebt, so stellt sich

II. die dritte Beschwerde, welche dahin geht, daß nicht dem Kläger ein Beweis darüber auferlegt worden, daß und welche Vortheile und Nutzungen dem Beklagten aus dem fraglichen Immobile seit dessen Ankauf zugeflossen seien, ebenfalls als unbegründet dar.

pag. 9. Zwar läßt sich nicht mit dem Obergericht annehmen, daß dieser Beschwerde eine unzulässige Klagänderung zum Grunde liege, da der angebotene Beweis der vom Beklagten gezogenen Nutzungen sich mit der begehrten Rechnungsablage über dieselben sehr wohl vereinigen läßt. Allein, ist eine Klage auf Rechnungsablegung — und bei dieser beharrt der Kläger — in diesem Falle unstatthaft, so kann, nachdem der Beklagte das factische Fundament der Klage, nämlich, daß er die fraglichen Nutzungen gezogen, geläugnet hat, der Kläger nicht füglich verlangen, zum Beweise über das Fundament einer unstatthaften Klage zugelassen zu werden.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretarius.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Karl Friedrich Heinrich Schlachter zu Delmenhorst, Klägers, jetzt Appellantens, wider den Schiffscapitain Friedrich Schwartze zu Vegesack, Beklagten jetzt Appellaten, Schadenersatz betreffend, wird die vom appellatischen Anwalt übergebene Substitutions-Anzeige dem Appellanten zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu erachten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, die Erkenntnisse des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 7. Mai und 22. October 1855 aufzuheben seien, und Kläger bei Vermeidung der Entbindung des Beklagten von der Instanz, der Prozeßkosten halber juratorische Caution zu leisten, demnächst aber binnen einer vom Obergerichte zu bestimmenden Frist, Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen habe:

1) daß sein in der Nacht vom 30. November auf den 1. December 1853 erfolgter Sturz von der Fockraae auf das Verdeck durch das Reißen einer Zeise (Seising), mit der er das Segel befestigen wollen, veranlaßt worden;
2) daß die fragliche Zeise in Folge ihrer schlechten Beschaffenheit gerissen sei, und
3) daß Beklagter von dem schlechten und gefährdenden Zustande der Zeisen so zeitig Kenntniß erhalten, daß er dem Mangel noch vor dem fraglichen Unfalle hätte abhelfen können.

Die Kosten erster Instanz werden ausgesetzt, die der zweiten und gegenwärtigen Instanz aber verglichen; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 12. Februar 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Mit der Klage ist zwar eine sofortige Schadens*liquidation* verbunden, die Klagbitte auch auf Zuerkennung
pag. 2. einer bestimmten Summe unter Vorbehalt weiterer Schadensforderungen gerichtet worden. Allein die replicarische Erklärung: „Die weitere Liquidation werde zweckmäßig vorbehalten."

Ob. Ger. Act. [5] p. 18.

enthält einen Verzicht des Klägers auf *derzeitige* Verhandlung über die von ihm aufgestellte Schadens*berechnung*; und auch abgesehen von einem solchen Verzicht erscheint es aus Gründen processualischer Zweckmäßigkeit gerechtfertigt, daß diese Verhandlung einem besonderen Liquidationsverfahren vorbehalten und zunächst nur *die* Frage, ob überhaupt eine Verpflichtung des Beklagten zum Schadenersatz vorliege, zum Gegenstande der Entscheidung und des etwa einzuleitenden weiteren Verfahrens gemacht werde.

pag. 3. II. Kläger hat seine Klage *ausdrücklich* zwar nur auf die Lex Aquilia gegründet, welche utiliter hier Anwendung finde.

O. G. Act. [2] p. 5.

Thatsächlich aber hat er auch auf das zwischen ihm und dem Beklagten bestehende, den Letzteren zur diligentia verpflichtende *Vertrags*verhältniß Bezug genommen, indem er nicht nur den Abschluß des Heuervertrags gleich im Eingange seiner Klage erzählt, sondern auch im Verlaufe derselben auf §. 37 der Verordnung vom 15. November 1852 sich berufen hat, welcher §. doch nur in Folge des vorausgegangenen Heuervertrags für die Pflichten des Capitains gegen den Matrosen maaßgebend wird.

pag. 4. cf. die der cit. Verordnung angehängte Musterrolle (p. 102).

Es darf und muß daher bei Prüfung der Klagbegründung auch jenes Vertragsverhältniß mit in Betracht gezogen werden.

Die Klage ist nun auf ein *zweifaches* factisches Fundament gestützt.

Digitized by Google

A. Daß Beklagter in ſchuldvoller Weiſe den Sturz des Klägers veranlaßt;

B. daß derſelbe in ſchuldvoller Weiſe für Heilung des durch den Sturz verurſachten Beinbruchs zu ſorgen unterlaſſen habe.

Zu A. kommt es im Weſentlichen auf daſſelbe heraus, ob man die Klage als die actio Legis Aquiliae oder als Vertragsklage auffaßt. Die erſtere oder wenigſtens eine ihr nachgebildete in factum actio findet auch gegen denjenigen Statt, der ohne pag. 5.
unmittelbare körperliche Einwirkung, durch ſein poſitives Thun nur die Veranlaſſung gegeben hat, causam praestitit, daß ein Anderer zu Schaden gekommen, ſofern ihn hierbei der Vorwurf eines Verſchuldens trifft.

L. 6. §. 6. L. 8. pr. L. 9. pr. §. 2. 3. h. t.

Ein ſolcher Fall aber iſt als vorliegend anzuſehen, wenn Kläger bei ordnungsmäßiger Ausführung eines von dem Beklagten ausgegangenen Befehls einen Unfall erlitten, dem Jener durch Anwendung der ihm in ſeiner Eigenſchaft als Capitain obliegenden Sorgfalt hätte vorbeugen können. Bei der Vertragsklage würde es darauf, ob Kläger in Folge eines Befehls des Beklagten oder auf andere Veranlaſſung hin, die fragliche Arbeit unternommen, nicht einmal ankommen. Allein gerade dieſer Punkt iſt außer Zweifel.

cf. O. G. Act. [2] p. 3. [5] p. 7. 8. pag. 6

Denn wenngleich Beklagter leugnet, daß er den Kläger in den Fockmaſt commandirt habe, indem vielmehr auf Befehl des Steuermanns die Mannſchaft in die Maſten gegangen ſei, ſo giebt er doch zu, er, der Capitain, habe dem Steuermann die Ordre gegeben, daß alle Segel eingezogen werden ſollten, und es war nur in ordnungsmäßiger Ausführung dieſer Ordre, daß der Steuermann die Mannſchaft in die Maſten befehligte, ſo daß alſo das Aufſteigen des Klägers und die oben von ihm unternommene Arbeit immer in dem Befehle des Beklagten ihre eigentliche Urſache haben.

Was nun

a. die Begründung der Klage anlangt, ſo iſt nach Lage der Sache, die Frage einzig die, ob in den vom Kläger pag. 7.

Digitized by Google

aufgestellten Behauptungen eine genügende Darlegung des Causalzusammenhanges zwischen dem Sturze des Klägers und einem Verschulden des Beklagten zu finden sei. Diese Frage aber muß, abweichend von den vorigen Richtern, bejaht werden. — Der gedachte Causalzusammenhang ist vorhanden, wenn

1) der Sturz des Klägers durch das Reissen einer Zeise, mit welcher er das Segel befestigen wollen, veranlaßt worden ist;

2) die Zeise in Folge ihrer schlechten Beschaffenheit gerissen ist;

3) Beklagter diese schlechte Beschaffenheit gekannt hat oder — bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt — hätte kennen müssen; und endlich

pag. 8. 4) derselbe in der Lage war, schon vor Ertheilung des fraglichen Befehls dem qu. Mangel abhelfen zu können.

Zu 1) ist schon in dem Klage-Passus „die Zeisen rissen entzwei und „Beklagter", soll offenbar heißen „Kläger" stürzte rücklings auf das Verdeck," die Behauptung zu finden, daß jenes Reissen die Ursache dieses Sturzes gewesen, und hat Kläger jedenfalls in der Replik in noch statthafter Weise (Brem. G. O. §. 143) diesen Causalzusammenhang bestimmt behauptet:

O. G. Act. [7] p. 5. verb.

„Da aber diese zu befestigenden Zeisen verschlissen und schlecht „waren und zerrissen, mußte Kläger fallen."

Das Obergericht entnimmt freilich einen Grund zur Zurück-
pag. 9. weisung der Klage daraus, daß Kläger selbst angegeben: er habe sich an der Zeise, als dieselbe zerrissen sei, gar nicht gehalten, woraus folge, daß zwischen dem Reissen der Zeise und seinem Sturze ein Causalzusammenhang nicht obwalte. Es wird indeß zu 2) gezeigt werden, daß und weshalb dieser letzteren Folgerung nicht beigetreten werden kann, und ist hier nur noch zu bemerken, daß Beklagter selbst die allegirte Klagbehauptung dahin, daß Kläger „durch das Reissen einer Zeise" das Unglück gehabt, herunterzustürzen — verstanden und hierüber sich ignorando erklärt hat,

O. Ger. Act. [5] p. 8.

so daß also vom Kläger der Beweis dieser Thatsache zu führen ist.

Digitized by Google

Zu 2) Zeisen (Seisinge) sind nach der übereinstimmenden Erklärung der Parteien „Taue“, welche dazu dienen, die Segel und die Raaen zu befestigen.“ pag. 10.

D. G. Act. [5] p. 4. [7] p. 6. [10].

Kläger giebt zu, daß dieselben an sich und allein für den Matrosen einen Anhaltspunkt an der Raae nicht bilden, behauptet dagegen, bei der Arbeit, die von ihm im betreffenden Momente vorzunehmen gewesen — der Befestigung der Segel an der Raae mittelst der Zeisen, wozu beide Hände erforderlich seien — dürften und müßten die Zeisen gemeinschaftlich mit den Raaen und Segeln einen Anhaltspunkt für den Matrosen so lange bilden, bis die Befestigung bewirkt sei.

[7] p. 4. ad 7. und p. 6. 7.

Wenn er dann (p. 7 in fin.) leugnet, „daß er sich an den Zeisen habe halten wollen“, während er p. 4 ad 7 eben erst bemerkt hatte, „er habe sich an den Zeisen halten müssen“, so ist es klar, daß er hier das Wort „halten“ ganz zulässiger Weise in einem verschiedenen Sinne gebraucht, und an der zuerst erwähnten Stelle nur leugnen will, daß er die Zeisen zum einzigen Haltpunkt genommen, wogegen er, in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Ausdrücken der Klage, dabei verharrt, daß das Reissen der Zeise, weil er sich derselben nebenbei als Anhaltspunkts bedient, sie aber nicht denjenigen Grad der Festigkeit gehabt, den er mit Recht von ihr hätte erwarten können, seinen Sturz zur Folge gehabt habe. pag. 11.

Diese klägerische Darstellung kann man weder für eine sich selbst widersprechende, noch für eine bereits widerlegte ansehen. Ersteres nicht, weil es sehr wohl zusammen bestehen kann, daß ein Gegenstand, der an sich nicht dazu bestimmt ist, daß man sich daran halte, noch bei einer bestimmten Arbeit vom Arbeitenden dazu benutzt werden darf und muß, sich im Gleichgewicht zu erhalten, so daß er ihm also zwar nicht die ganze Schwere seines Körpers anvertrauen, darin aber doch einen Anhalts- oder Widerstandspunkt finden und insoweit als dies der Natur der Sache nach geschehen muß, auch auf dessen Festigkeit sich verlassen darf. Für widerlegt aber kann man die vom Kläger auf- pag. 12.

Digitized by Google

gestellte Behauptung, daß er sich wenigstens in einem gewissen Maaße auf die Festigkeit der Zeise habe verlassen dürfen, deshalb nicht ansehen, weil die Angabe des Beklagten, man dürfe sich
pag. 13. nicht an den Zeisen halten und ihnen in keiner Weise vertrauen,

[5] p. 4. 5.

als zugestanden nicht angesehen werden kann,

cf. [7] p. 6. 7.

und die vom Beklagten producirte Bescheinigung [10] weder ihrem Inhalte nach jene Widerlegung enthält, noch ihrer Form nach beweisend, auch vom Kläger nicht anerkannt ist.

Prot. vom 30. April 1855.

Demzufolge kann dem Kläger auch in der hier besprochenen Richtung ein Beweisverfahren nicht versagt werden.

Zu 3) Wenn Kläger die Beweise zu 1 und 2 liefert, wenn es also fest steht, daß sein Unfall der mangelhaften Beschaffenheit der Zeisen zuzuschreiben ist, so fragt es sich, ob und
pag. 14. unter welchen Voraussetzungen Beklagter hiefür verantwortlich gemacht werden könne. Kläger scheint solche Verantwortlichkeit schon daraus herleiten zu wollen, daß der Capitain verpflichtet ist, für den guten Zustand des Schiffs und Schiffs-Inventars zu sorgen. Allein hieraus folgt noch nicht ohne Weiteres, daß Beklagter sich von der guten Beschaffenheit jedes einzelnen Taues ununterbrochen in persönlicher Gewißheit zu erhalten gehabt hätte. Der Organismus des Schiffsdienstes bringt es in natürlicher Weise mit sich, daß der Capitain dergleichen Einzelheiten, namentlich an Stellen, wohin ihn sein Beruf gar nicht führt, nicht fortwährend im Auge haben kann, und er vielmehr sich darauf verlassen darf, daß diejenigen auf dem Schiffe dienenden
pag. 15. Personen, die durch ihren Dienst mit dem fraglichen Gegenstande in tägliche Berührung kommen, von etwa wahrgenommenen Mängeln Anzeige machen werden.

cf. auch [10] der O. A. Ger. Act.

Es gehört also, um den Beklagten verantwortlich machen zu können, dazu, daß er Wissenschaft von jener Mangelhaftigkeit wirklich erlangt habe. Kläger hat nun aber auch, daß solches

Digitized by Google

der Fall gewesen, nicht nur im Allgemeinen behauptet, sondern auch folgende specielle Behauptungen aufgestellt:

α. Die Mannschaft habe dem Beklagten während der Reise wiederholt bemerklich gemacht, daß vorzüglich oben in den Masten das Tauwerk äußerst verwittert und verschlissen sei, so daß nur mit Lebensgefahr oben in den Masten die Segel u. dergl. m. befestigt werden könnten, und

β. Beklagter habe am 30. November Mittags dem Kläger pag. 16.
Ordre gegeben, in der Nacht vom 29. auf den 30. November auf Ordre des Ober-Steuermanns Klugkist auf die Fockraae hinaufgebrachte neue Zeisen wieder herunter zu holen, was Jener auch gethan habe.

O. G. Act. [2] p. 1—3. [7] p. 3. ad 4.

Eine jede dieser Thatsachen würde, wenn erwiesen, genügen, um eine Verantwortlichkeit des Beklagten für die mangelhafte Beschaffenheit des fraglichen Tauwerks zu begründen. — Daß — wie beide Theile übereinstimmend anerkannt — es zunächst Sache des Steuermanns ist, für Ersatz unbrauchbaren Tauwerks aus dem auf dem Schiffe vorhandenen Material zu sorgen,

[5] p. 6. [7] p. 9. pag. 17.

kann nicht verhindern, daß der Capitain, wenn ihm die Anzeige von einem Mangel gemacht wird, für dessen Abstellung, sei es auch nur indem er die Leute an den Steuermann verweis't, Sorge zu tragen hat. Wenn aber gar der Steuermann, in dessen Geschäftskreis dies einschlug, neue Zeisen hatte anbringen lassen, so mußte Beklagter davon ausgehen, daß dies aus zureichendem Grunde — und ein solcher konnte kaum in etwas anderem als der Unbrauchbarkeit des alten Tauwerks liegen — geschehen sei und er durfte die Wiederherstellung des früheren Zustandes jedenfalls nicht ohne Weiteres, sondern erst nachdem er sich von der Unnöthigkeit der Aenderung genügend überzeugt, verfügen. Daß er aber eine solche Ueberzeugung gewonnen, hat er selbst nicht behauptet.

Zu 4) Hatte Beklagter Kenntniß von der, eine dringende pag. 18.
Abhülfe erheischenden, Mangelhaftigkeit des Tauwerks resp. der Zeisen erlangt, so war es seine Pflicht, sobald als möglich

dem Mangel abzuhelfen, da die Veranlassung, die Matrosen der durch denselben ihnen drohenden Gefahr auszusetzen, jeden Augenblick eintreten konnte. Wäre dagegen eine solche Veranlassung so rasch nach Erlangung jener Kenntniß gekommen, daß in der Zwischenzeit die Verbesserung des Uebelstandes unmöglich gewesen, so konnte dem Capitain ein Vorwurf daraus, daß er gleichwohl die Mannschaft in die Masten beordert, nicht gemacht werden. Es muß also Kläger auch noch, daß der Beklagte jene Kenntniß zeitig genug erlangt habe, um einem aus der Beschaffenheit des Tauwerks drohenden Unfalle vorbeugen zu können, beweisen.

pag. 19. b. Ist solchergestalt das erste Klagfundament für genügend substantiirt zu erachten, um dem Kläger über dasselbe Beweis nachlassen zu können, so fragt es sich noch, ob von dem Beklagten zur Elidirung dieses Klagfundaments geeignete Einreden vorgeschützt sind. Es sind hier folgende Behauptungen in Betracht zu ziehen.

1) Da die Zeisen in keiner Weise zum Halten bestimmt seien, so habe auch deren Zerreißen bei ordnungsmäßiger Handhabung derselben den Sturz des Klägers gar nicht zur Folge haben können; es habe derselbe also, wenn wirklich jenes Zer-
pag. 20. reißen die Ursache seines Sturzes gewesen, diesen durch einen unseemännischen Gebrauch der Zeisen selbst verschuldet.

[5] p. 5. [9] p. 3. 5. 7. 8.

Dies erscheint indeß nicht als eine besondere Einrede, sondern es liegt darin nur das Ableugnen einer Klag-Behauptung, daß nämlich der Sturz des Klägers durch die schlechte Beschaffenheit des fraglichen Tauwerks veranlaßt worden sei, und bleibt es dem Beklagten unbenommen, jenes sein, den klägerischerseits behaupteten Causalzusammenhang ausschließendes Vorbringen zum Gegenstande des vorbehaltenen Gegenbeweises zu machen.

Wenn Beklagter

2) sich darauf beruft, daß Kläger seiner eigenen Darstellung zufolge, von der Beschaffenheit der Zeisen am Fockmast unterrichtet gewesen,

Digitized by Google

O. Ger. Act. [5] p. 7. [9] p. 8. pag. 21.
so folgert er selbst aus diesem Umstande nicht, daß darum dem Kläger hätte zugemuthet werden können, bei Ausführung der ihm befohlenen und deshalb ohne Widerrede zu vollziehenden Arbeit eine über das gewöhnliche Maaß hinausgehende Vorsicht zu üben, was auch bei der fraglichen Gelegenheit, wo in der Nacht und bei starkem Sturm die Segel befestigt werden sollten,

O. G. Act. [2] p. 3. [5] p. 7. [7] p. 7.
gar nicht möglich war, sondern er benutzt denselben nur zur Verstärkung seines Einwandes unter 1) Kläger hätte die Zeisen gegen Seemannsgebrauch zum Halten um so weniger benutzen dürfen, als er deren angeblich schlechte Beschaffenheit gekannt habe. — Es gehört daher auch dieser Punkt lediglich pag. 22.
zum directen Gegenbeweise.

3) In der Behauptung des Beklagten, daß die Englischen Aerzte in Callao dem Kläger das verletzte Bein in einer Schlinge zu tragen empfohlen und den Gebrauch einer Krücke verordnet hätten, beiden Vorschriften derselbe aber nicht nachgekommen sei,

[5] p. 9.
kann, da nicht mit Bestimmtheit behauptet ist, daß überhaupt, und noch weniger in welchem Maaße durch die Nichtbefolgung jener, erst nach Anheilung des Beines ertheilten Vorschrift, eine ohne dies möglich gewesene Operation verhindert resp. erschwert worden sei, ebenfalls eine begründete Einrede nicht gefunden worden.

Zu B. Erbringt Kläger den zu A. ihm auferlegten Beweis, pag. 23.
so kommt es auf die weiteren Klage-Behauptungen nicht an.

Es fragt sich nur, ob in den thatsächlichen Angaben ad B. ein zweites selbstständiges Klagfundament zu finden sei. Daß die Absicht des Klägers dahin ging, ein solches aufzustellen, möchte schon aus der Klage- und Replikschrift hervorgehen.

O. G. Act. [2] p. 5. 6. [7] p. 5 ad 8.
und ist jedenfalls in der Revisionsschrift ausdrücklich erklärt.

[13] p. 6. 7.
Allein es fehlt in dieser Richtung der Klage an einer hinreichenden thatsächlichen Grundlage. Allerdings verpflichtet §. 57

Digitized by Google

der Verordnung vom 15. November 1852 (über deren Anwendbarkeit kein Zweifel erhoben ist,

cf. insbes. [5] p. 6. alin. 2)

pag. 24. den Capitain, daß er dem ohne eigene Schuld beschädigten Matrosen (und als solcher ist, bis zum Beweise des Gegentheils, der Kläger zu behandeln) die nach den Umständen mögliche Gelegenheit gewähre, sich, und zwar auf Kosten des Schiffs heilen zu lassen. Allein daß Beklagter dieser Verpflichtung nicht entsprochen, ist nicht dargelegt worden. Die einzelnen betreffenden Behauptungen des Klägers sind folgende:

1) Beklagter habe sich um den gestürzten Kläger nicht im Geringsten bekümmert und ihn bereits am zweiten Tage aus der Cajüte, wo er vom Obersteuermann untergebracht und thunlichst verpflegt worden sei, herausbringen lassen, so daß er in einem höchst schädlichen Logis habe bleiben müssen.

O. G. Act. [2] p. 4.

pag. 25. Allein, wenn der Obersteuermann sich des Klägers bereits angenommen hatte, so lag für den Beklagten keine Verpflichtung vor, noch persönlich für denselben Sorge zu tragen. Es bleibt nur die Ausweisung aus der Cajüte in ein „höchst schädliches Logis“ übrig, eine Behauptung, die jedenfalls zu unbestimmt ist, um damit eine culpa des Capitains, und zwar eine solche, die auf den Verlauf der Heilung einen nachtheiligen Einfluß geübt, als dargelegt ansehen zu können.

2) Bei der Ankunft des Schiffes in Callao habe Beklagter Nichts gethan, um durch die dortigen deutschen Aerzte eine Operation und Heilung zu veranlassen, welche damals noch hätte erreicht werden können.

[2] cit. p. 4.

pag. 26. Zur Aufklärung dieser Behauptung dient es, daß schon bei der Ankunft des Schiffes in Islay, welchen Ort dasselbe früher als Callao erreichte,

[5] p. 8. 9. [7] p. 12.

nach der eigenen Angabe des Klägers „der Bruch bereits schief geheilt war.“

[7] l. c.

Digitized by Google

In dieſem Stadium aber konnte Beklagter jedenfalls abwarten, bis Kläger, der ja in keiner Weiſe verhindert war, ſeine eigene Angelegenheit ins Auge zu faſſen, beſtimmte Anträge bei ihm ſtellte, und würde erſt dann in culpa ſein, wenn er einem billigen, die anderweite Heilung des Bruchs bezweckenden Verlangen deſſelben — ſei es durch Vorenthaltung der nöthigen Geldmittel, ſei es in ſonſtiger Weiſe — Hinderniſſe in den Weg pag. 27.
gelegt hätte. Eine dahin gehende Behauptung aber hat Kläger gar nicht aufgeſtellt. Er hat vielmehr in der Replik

[7] p. 12. 13. 14.

ſelbſt eine Darſtellung der Verhandlungen mit zwei Aerzten und dem Bremiſchen Conſul in Callao gegeben, nach der es gar nicht zu begreifen iſt, worin Beklagter, der hier mit großer Sorgſamkeit verfahren iſt und ſich nur durch die Ausſprüche Sachverſtändiger resp. Ortskundiger hat beſtimmen laſſen, dem Kläger einen Rath zu ertheilen, den dieſer ohne Weiteres befolgt hat, gefehlt haben ſoll.

3) Beklagter hätte den Kläger in einem der von der Maria paſſirten Häfen, entweder in Valdivia oder Valparaiſo, ans pag. 28.
Land ſetzen können, wo jedenfalls hinreichende Aerzte ſich befunden, um ihn zu heilen.

[7] p. 11.

Es hat indeß Kläger weder näher dargelegt, daß die Umſtände in Beziehung auf ſeine Verletzung zu der Zeit, wo der Beklagte in einem dieſer Häfen hätte anlanden können, ſo dringlicher Art geweſen, um eine Abweichung von dem vorgezeichneten Cours als hinlänglich motivirt erſcheinen zu laſſen; noch hat er auch nur behauptet, daß er den Beklagten gebeten, in dem nächſten erreichbaren Hafen anzulaufen und ihn an's Land zu ſetzen.

4) Wenn Kläger in der Replik behauptet, es ſei ihm, ungeachtet die Engliſchen Aerzte den Gebrauch einer Schlinge und pag. 29
Krücke angerathen, das zur Schlinge nöthige Leinen nicht gegeben resp. das beim Gebrauch der Krücke unter den Fuß zu legende Korkholz nicht angewendet worden:

[7] p. 14. 15.

ſo ſoll dieſes Vorbringen gar nicht dazu dienen, eine culpa des

Digitized by Google

Beklagten zu begründen, sondern nur dazu, den Kläger zu exculpiren gegenüber dem in der Exceptionshandlung ihm gemachten Vorwurf, daß er jene Vorschrift nicht befolgt habe. Kläger bemerkt ausdrücklich l. c., jene Vorschrift habe nur eine zur Erleichterung dienliche Aushülfe bezweckt, worin liegt, daß es für den endlichen Ausgang ganz indifferent gewesen, ob sie befolgt worden sei oder nicht.

pag. 30. 5) Was endlich weiter in der Replik über Vorgänge in Cowes und Antwerpen bemerkt ist, hat nur den Character einer Einlassung auf exceptivisches Vorbringen und bezweckt nicht eine weitere factische Begründung der Klage zu liefern, die darin auch offenbar nicht enthalten ist.

Das zweite Klagfundament mußte also unberücksichtigt bleiben.

III. Da in Folge des jetzigen Erkenntnisses ein weiteres Verfahren in erster Instanz stattfinden wird, war endlich auch noch in Betreff der vom Beklagten geforderten cautio pro expensis eine den darüber gepflogenen Verhandlungen entsprechende Verfügung zu treffen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
loco Secretarii.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Heinrich Adolph Mohrhoff zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Wilhelm Campe zu Verden, Klägern jetzt Appellaten, Rechnungsablegung und Herausgabe eines Schuldscheins, jetzt geführten Beweis betreffend, wird dem Letzteren die von dem früheren Procurator des Ersteren übergebene Substitutions-Anzeige hieneben abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 8. October 1855, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 19. Februar 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

Die beiden Beschwerden des Beklagten, daß der klägerische
pag. 2. Beweis nicht, abgesehen von der eventuellen Eidesdelation, für gänzlich nicht geführt, eventuell nicht bloß als bis zum Reinigungseide geführt erkannt worden sei, mußten als unbegründet verworfen werden.

Zwar war

I. dem Beklagten darin beizupflichten, daß der Mangel einer näheren Substantiirung der von ihm behaupteten Schenkung des in Frage stehenden Forderungsrechtes, sowie der Umstand, daß er sich zum Beweise dieser Schenkung lediglich der Eidesdelation bedient hat, bei der Beurtheilung des klägerischen Beweisresultates ganz außer Betracht bleiben müssen. Die behauptete Schenkung war, insoweit sie als Rechtsgrund des Cassationsactes selbst bezeichnet wurde, also das vom Kläger behauptete
pag. 3. Eincassirungsmandat als unwahr darstellen sollte, nichts Anderes, als ein qualificirtes Läugnen des Klaggrundes und specielles Moment für den directen Gegenbeweis. Soweit darin die Behauptung eingeschlossen sein sollte, daß der Kläger n a c h geschehener Cession dem Beklagten die Forderung geschenkt habe, (auf welchen Fall das Obergericht das Vorbringen nicht bezogen hat) war sie eine wirkliche Einrede. Ob aber nach der einen oder andern Richtung hin eine nähere Substantiirung des Einverständnisses zu erwarten gewesen wäre, ob der Beklagte in der Lage war sich anderer Beweismittel zu bedienen, und ob die Eidesdelation nicht in der ersteren der beiden angegebenen Richtungen hätte angefochten werden können, das ist für die mehr oder minder günstige Auffassung des klägerischen Beweises gleichgültig, indem
pag. 4. dieser, bei der bloß eventuellen Natur des directen wie indirecten Gegenbeweises, immer einer selbstständigen Beurtheilung bedurfte, übrigens auch eine nähere Substantiirung des Einwandes im

Digitized by Google

ersten Verfahren nicht verlangt worden ist und aus der Wahl eines Beweismittels keine nachtheilige Vermuthung für eine Partei hergeleitet werden kann.

Auch ließ sich

II. nicht annehmen, daß es sich bei dem klägerischen Beweise nur um die Ermittelung eines der verschiedenen möglichen Rechtstitel einer Cession gehandelt habe. Unter Cession einer Forderung ist sowohl nach dem juristischen Begriff, als der im gewöhnlichen Verkehr üblichen Bedeutung nur eine Uebertragung zu verstehen, welche die Vortheile der Forderung dem Vermögen des Cessionars pag. 5.
zuwendet, Diesen der Sache nach zum Inhaber der Forderung macht. Ein Eincassirungsmandat kann sonach nicht als Rechtstitel einer Cession aufgefaßt werden — wofür sich insbesondere auch

l. 43. l. 45. pr. D. mandati (17, 1.)

nicht anführen lassen, da diese Stellen von dem ganz andern Falle reden, daß ein Mandator zur Abtretung der aus seiner Geschäftsführung für den Mandanten erworbenen Klagerechte verpflichtet wird —, sondern bildet einen Gegensatz zur wahren Cession. Mit der Erklärung des Klägers in [6] der Obergerichts-Acten, daß er die Forderung „cedire", und mit der Anerkennung dieser Erklärung, als eines „Cessionsdocumentes" in der notariellen Beglaubigung ist daher das behauptete Eincassirungsmandat nur unter der Voraussetzung vereinbar, daß pag. 6.
die Cession keine ernstlich gemeinte gewesen sei und die Parteien sie nur als äußere Form gewählt hätten, um damit die Zwecke eines Eincassirungsmandates zu erreichen.

Auf diese Voraussetzung geht nun aber auch die Darstellung des Klägers hinaus, indem er anführt, das Wort „cediren" sei nur gebraucht worden, damit der Beklagte die Forderung für den Kläger selbstständig realisire, d. h. damit nicht der Schuldner den Kläger mit Bitten und Fristgesuchen belästige; nur zur leichteren Realisirung sei die Form gewählt worden. Es kann sich daher

III., nur fragen, welche Beweismomente sich in dieser Richtung aus den Acten ergeben. Einigermaaßen wird nun

Digitized by Google

1) die gedachte Intention der Parteien dadurch wahrschein-
pag. 7. lich, daß für den Kläger eine bestimmte Veranlassung vorlag, sich zur Beitreibung der Forderung der Form der Cession zu bedienen. Beide Parteien sind nämlich darüber einverstanden, daß der Kläger in seinem persönlichen Verhältniß zum Schuldner Grund gehabt habe, die eigene Beitreibung der Forderung für besonders erschwert zu halten. Dadurch wird es sehr erklärlich, wenn der Kläger in seinem Interesse versuchte, durch Aufstellung eines Mandatars, dem er die Stellung eines Cessionars gab, zu seinem Zweck zu gelangen, wogegen die vom Beklagten aus jenem Umstand gezogene Folgerung, daß der Kläger die Forderung für sich als werthlos betrachtet, und darin für ihn ein Motiv zum Verschenken derselben gelegen habe, eine durchaus willkürliche ist. Auch die Aeußerung in der Replik: so lange
pag. 8. der Schuldner den Kläger für den Creditor gehalten habe, sei an Zahlung nicht zu denken gewesen, steht einer solchen Annahme keineswegs zur Seite; denn die Aeußerung deutet offenbar nur so viel an, daß der Schuldner dem Kläger persönlich gegenüber sich der Anwendung gerichtlicher Strenge nicht versehen und zur gütlichen Zahlung nicht verstanden haben würde, nicht aber, daß es für den Kläger überhaupt unmöglich gewesen wäre, die Forderung oder einen Theil derselben einzutreiben.

Im Zusammenhange hiermit sind aber

2) die schon vom Obergericht besonders hervorgehobenen Worte der Cessionsurkunde:

> „indem ich — — — cedire, ermächtige ich denselben zugleich, über die Rückzahlung des Capitals sammt Zinsen
> pag. 9. und Kosten nach eigenem Willen bestimmen und abschließen zu können,"

von größter Erheblichkeit. Die hier ertheilte Ermächtigung harmonirt mit einer wahren Cession in keiner Weise, indem sie für eine solche nicht bloß ganz überflüssig gewesen wäre, sondern auch ihrer ganzen Fassung nach unverkennbar nicht auf Bekräftigung eines durch die Cession dem Beklagten zu Theil gewordenen eigenen Rechtes, sondern auf Ertheilung einer möglichst ausgedehnten Vollmacht zu Verhandlungen mit dem Schuldner hindeutet.

Digitized by Google

Namentlich wird dies durch das Verbindungswort „zugleich“ bestätigt, welches mit Bestimmtheit anzeigt, daß nicht etwa ein schon durch die Cession verliehenes Recht bloß nochmals speciell hervorgehoben, sondern neben der Cession eine sich nicht von selbst verstehende Befugniß ertheilt werden sollte. Dieses Nebeneinanderstellen der Ausdrücke für zwei verschiedenartige Rechtsverhältnisse läßt sich, da die mit umständlichen Worten ertheilte pag. 10.
„Ermächtigung“ nicht als etwas Bedeutungsloses behandelt werden darf, kaum anders erklären, als entweder so, daß das Document Beides, was der Kläger erreichen wollte, auf künstliche Weise habe vereinigen, das Wort „cediren“ dem Schuldner gegenüber den Schein einer wirklichen Cession gewähren, die „Ermächtigung“ aber den Kläger dem scheinbaren Cessionar gegenüber sicher stellen sollen, daß dieser nicht wirklicher Cessionar, sondern nur Disponent in fremdem Namen werde, oder so, daß der Kläger sowohl mit der einen als mit der anderen Erklärung die Idee verband, dem Beklagten bei seinem Einschreiten gegen den Schuldner eine möglichst selbstständige Stellung zu geben, daß ihm aber der ganze Gehalt dessen, was juristisch mit dem Wort „cediren“ ausgedrückt wurde, nicht klar genug vor- pag. 11.
schwebte, um sich des Gegensatzes zwischen beiden Erklärungen völlig bewußt zu werden und daran Anstoß zu nehmen. In beiden Fällen ist es immer das Bestehen eines Encassirungsmandates unter den Parteien, worauf die fraglichen Worte hinweisen.

Hierzu kommen unterstützend

3) noch die Briefe [8] — [10] der Obergerichts-Acten, auf welche sich der Kläger bereits in der Replik als ein für ihn sprechendes Beweismoment berufen hat, so daß es einer abermaligen Bezugnahme darauf in der Beweisantretung nicht bedurfte. Zwar kann der Inhalt der Briefe unmittelbar nicht in Betracht kommen, da die Art, wie der Schuldner die erfolgte Cession aufgefaßt hat, weder für die eine noch für die andere Partei eine Vermuthung begründet, schon darum nicht, weil nicht erhellt, pag. 12.
ob der Schuldner vor jenen Briefen die Cessionsurkunde zu Gesicht bekommen habe. Wohl aber ist der klägerische Besitz der Briefe

Digitized by Google

von Erheblichkeit. Wäre der Beklagte wirklicher Cessionar gewesen, so würde der Entschluß, ob er den Schuldner verklagen und welche Abschlagszahlungen er ihm bewilligen solle, ausschließlich bei ihm gestanden haben und er würde schwerlich die darauf bezüglichen Briefe dem Kläger ausgehändigt haben. Wohl wäre es erklärlich, wenn er in einem einzelnen Fall den Kläger um Rath gefragt und der Kläger in solcher Veranlassung einen einzelnen Brief in die Hände bekommen hätte. Aber die drei Briefe folgen sich unmittelbar auf einander in der ersten Zeit der versuchten Beitreibung, und dadurch muß die Vermuthung entstehen, daß das Verhältniß des Beklagten zum Kläger eine regelmäßige Mittheilung an den Letzteren mit sich gebracht habe,
pag. 13. also kein unabhängiges gewesen sei.

Das Zusammentreffen dieser Umstände begründet einen hinreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit, um mit dem Obergericht zu der Annahme zu gelangen, daß ein halber Beweis geliefert sei, und demgemäß, nach § 264 der Bremischen Gerichts-Ordn. die Zuerkennung eines Erfüllungseides gerechtfertigt zu finden.

Die Bestätigung des vorigen Urtheils mußte auch die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz nach sich ziehen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,

loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Diedrich Stindt zu Elsfleth, Klägers jetzt Appellantens, gegen E. Merle & Comp. zu Bremen, Beklagte jetzt Appellaten, Fautfracht betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch, die Materialien anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 18. Februar 1856 und das durch selbiges bestätigte Erkenntniß des Handelsgerichts vom 18. October 1855, wie hiemit geschieht, aufzuheben, und die Beklagten den in einem vom Handelsgerichte anzusetzenden Termine bei Verlust der Beweisführung und Gegenbeweis vorbehältlich anzutretenden Beweis zu führen schuldig seien:

daß sie weder selbst noch durch ihre Correspondenten Matthieu Gebrüder & Comp. in Constantinopel dem am 13. März 1854 daselbst eingetroffenen klägerischen Schiffe Herzog Elimar, Capitain Pape, Ladung von dort oder von einem andern guten Hafen diesseits des Bosporus haben geben können;

und dagegen dem Kläger der gleichfalls in einem vom Handelsgerichte anzusetzenden Termine bei Verlust der Beweisführung anzutretende Beweis nachzulassen sei:

daß die Beklagten ihm bei oder nach den im November 1853 über die Abfertigung des Schiffes nach Constantinopel geführten Verhandlungen die Beladung desselben zu Constantinopel oder in einem andern Hafen diesseits des Bosporus fest versprochen haben;

Digitized by Google

gegen welchen Beweis den Beklagten Gegenbeweis insbesondere auch dahin vorbehalten bleibt:

daß jenes Versprechen nur bedingungsweise angeboten, die Bedingung aber vom Kläger nicht angenommen worden sei;

und die Sache zum Zwecke der vorgedachten Beweisführungen, so wie zur Verhandlung und Entscheidung über die Frage, ob und eventuell bis zu welchem Belaufe die Fracht, welche das Schiff Herzog Elimar auf der Reise von Alexandrien nach Irland verdient habe, den Beklagten zu Gute zu rechnen sei, unter Aussetzung der Kosten der ersten Instanz, und unter Compensation der Kosten der beiden höheren Instanzen, an das Handelsgericht zurückzuverweisen sei.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 21. Februar 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretarius.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben die wider sie erhobene, principaliter auf die Chartepartie allein, eventuell auf die klägerischerseits behauptete spätere beklagtische Zusage einer dem Schiffe jedenfalls zu gebenden Ladung gestützte Klage aus vier verschiedenen Gründen bestritten. Sie haben pag. 2.

1) behauptet, daß nach den Additionalbestimmungen der unter den Parteien geschlossenen Chartepartie die Beladung des klägerischen Schiffes ab Constantinopel oder einem anderen Hafen diesseits des Bosporus überhaupt nicht als ein dem Schiffe zustehendes Recht habe in Anspruch genommen werden können; ein Vorbringen, welches übrigens nur das Principal-Fundament der Klage treffen, sich aber im Verhältniß zu dem eventuellen Klaggrunde von selbst erledigen würde.

Sie haben

2) die Klage, insofern dieselbe auf eine gewisse Fautfracht gerichtet ist, als unhaltbar bezeichnet, da es an einem festen pag. 3.
Frachtsatze überhaupt gefehlt habe. Abgesehen nämlich von den überhaupt nicht mehr in Betracht kommenden Häfen des Schwarzen Meeres sei nur für eine Beladung von Constantinopel ein Frachtpreis bestimmt gewesen (33 *Rs* per Last), wogegen ab anderen Häfen diesseits des Bosporus „verhältnißmäßige Fracht" habe gezahlt werden sollen. Nun stehe es gänzlich dahin, welcher Hafen Seitens der Beklagten gewählt worden sein würde, wenn das Schiff Ladung erhalten hätte, und es fehle mithin, wie bemerkt, der Klage hier an der nöthigen Basis.

3) Der Schiffer habe dadurch, daß er in Constantinopel die Ladezeit von 14 Arbeitstagen nicht abgewartet habe, sondern schon am 6. Tage nach seiner dortigen Ankunft wieder abgesegelt sei, das Recht auf Fautfracht, wenn es im Uebrigen bestanden pag. 4.
haben sollte, verwirkt.

Digitized by Google

4) Die Chartepartie sei durch eine zwischen dem Schiffer und den Correspondenten der Beklagten Matthieu Gebr. & Co. in Constantinopel geschlossene Uebereinkunft

aufgehoben worden, so daß, wenn wirklich Ansprüche des Schiffes auf Ladung, eventuell auf Fautfracht bestanden haben sollten, auf selbige verzichtet sein würde.

Außer diesen vier Momenten haben die Beklagten noch eventuell geltend gemacht, daß äußersten Falles der Kläger sich die Fracht, welche das Schiff alsbald nach dessen Abgange von Constantinopel, auf der Reise von Alexandrien nach Irland verdient habe, auf die in Anspruch zu nehmende Fautfracht ab-
pag. 5. rechnen lassen müsse. Auf diesen Punct sind indessen die Verhandlungen der Parteien bis jetzt nicht näher eingegangen.

Nun hat das Handelsgericht und, mit demselben übereinstimmend, das Obergericht nur über die vierte der oben berührten Einwendungen der Beklagten und zwar zu Gunsten der Letzteren entschieden, wobei dann die ersten drei nicht weiter in Betracht zu ziehen waren. — Das Ober-Appellationsgericht wich, wie unten näher zu begründen sein wird, in Betreff des vorbezeichneten Punctes von den vorigen Richtern ab und es mußte somit auch auf eine Beurtheilung der anderen beklagtischen Vertheidigungsmomente eingegangen werden, wobei, da sie genügend instruirt vorliegen, auch nicht etwa darin ein Bedenken bestand, daß über dieselben eine Entscheidung der früheren
pag. 6. Richter bisher nicht erfolgt ist. Das Ober-Appellationsgericht hat nämlich beständig die Regel befolgt, daß, abgesehen von etwanigen entgegenstehenden besonderen Zweckmäßigkeitsgründen, auch in Fällen der vorliegenden Art der höhere Richter immer selbst Dasjenige auszusprechen habe, was der untere Richter zu erkennen gehabt haben würde. Nur die erwähnte Berufung des Beklagten auf den Punct wegen der Fracht von Alexandrien nach Irland machte hier eine Ausnahme, da es, wie schon bemerkt worden, an einer Instruirung desselben bisher fehlt. Dieser Gegenstand mußte mithin, sowohl, was die Frage betrifft, ob eventuell eine Anrechnung dieser Fracht überhaupt

Digitized by Google

Statt zu finden, als auch bis zu welchem Belaufe dies zu geschehen habe, an das Handelsgericht zurückverwiesen werden.

Anlangend nun

A. die beklagtischen Berufungen auf die Additionalbestimmungen der Chartepartie, so konnte von denselben jedenfalls nur die erste in Betracht kommen. Die zweite betrifft einen Fall, welcher völlig außer Frage steht; und auch die dritte ist den Umständen nach unanwendbar. Dort ist nämlich vorgeschrieben, daß, wenn die Getreide-Ausfuhr aus den Häfen des Schwarzen Meeres, eventualiter aus Constantinopel verboten werden sollte, und die Befrachter in einem solchen Falle dem Schiff weder in Constantinopel, noch an einem anderen Platze diesseits des Bosporus Ladung geben könnten, eine Annullirung der Charterung eintreten solle. — Nun bestand zu der Zeit, als das Schiff am 13. März 1854 in Constantinopel eintraf, und der Schiffer sich, wenn nicht an diesem Tage, doch am folgenden Tage, den 14. März, bei den beklagtischen Correspondenten, pag. 8.
Matthieu Gebr. & Co. meldete, um die — nach dem Eingange der Chartepartie — ihm innerhalb 24 Stunden nach Ankunft zu ertheilende Aufgabe des Ladehafens zu erhalten, kein Ausfuhrverbot in Betreff Constantinopels oder anderer Häfen diesseits des Bosporus; auch haben Matthieu Gebr. & Co. die Verweigerung der Aufgabe des Ladehafens in ihrem hierauf bezüglichen Schreiben an den Schiffer vom 14. März 1854

keineswegs auf das Bestehen eines Ausfuhrverbotes aus vorgedachten Plätzen gestützt, vielmehr nur angeführt, die Ausfuhr aus Odessa sei von der russischen, diejenige aus Burgas von der türkischen Regierung verboten, und von den Plätzen diesseits des Bosporus (worunter Constantinopel mit begriffen) seien sie pag. 9.
nicht im Stande Ladung zu geben, und befänden sich somit nicht in der Lage, eine Ordre ertheilen zu können. — Freilich haben die Beklagten behauptet, daß bald nach dem vorbemerkten Hergange, nämlich resp. am 23. und 27. März ein Ausfuhrverbot auch in Bezug auf alle übrigen Häfen des türkischen Reichs,

Digitized by Google

einschließlich Constantinopels, erlassen worden sei, allein hierauf kann es, da die Rechtmäßigkeit der am 14. März verweigerten Aufgabe eines Ladungshafens in Frage steht, überhaupt nicht ankommen, und brauchte demnach nicht erst auf eine Ermittelung der näheren Umstände des Ausfuhrverbots, insonderheit auf die Frage nach der Wirkung desselben auf bereits in Ladung befindliche Schiffe, eingegangen zu werden.

pag. 10. Aus dem Bisherigen erhellet, daß es allein die erste Additionalbestimmung ist, auf welche die Beklagten sich möglicher Weise berufen könnten.

Nun läßt es sich nicht verkennen, daß die Auslegung, welche die Beklagten dem Satze geben,

> „falls dann die Befrachter keine Ladung von da oder von einem andern guten Platze diesseits des Bosporus geben können, so ist die Chartepartie aufgehoben"

nicht unscheinbare Gründe für sich hat. Sie wollen jene Worte dahin verstanden wissen, daß, wenn das Schiff bei seiner Ankunft in Constantinopel wegen inzwischen ausgebrochener Feindseligkeiten an der Weiterreise nach dem Schwarzen Meere verhindert sein würde, dem Schiffer nicht das Recht zustehen sollte,
pag. 11. entweder Abladung (von Constantinopel oder von einem andern guten Platze diesseits des Bosporus) oder den Beweis der Unmöglichkeit derselben zu fordern, sondern daß es für jenen Fall den Befrachtern oder deren Correspondenten anheim gegeben sein sollte, nach ihrer Convenienz sich des Schiffes für eine Abladung zu bedienen oder nicht. — Für diese Auffassung spricht, außer der in gewissem Maaße vorhandenen Unbestimmtheit des Ausdrucks „Ladung geben können", besonders der Gegensatz der dritten Additional-Bestimmung. Dort heißt es, wenn einmal in Constantinopel ein Ladeplatz aufgegeben worden sein sollte, „so seien die Befrachter gebunden, die Ladung zu liefern", woraus dann für den andern, in dem ersten Satze berührten Fall abzuleiten sein mögte, daß die Befrachter dort nicht hätten gebunden sein sollen.

pag. 12. Allein auf die vorstehenden Erwägungen kommt es nicht mehr an, seit durch den zwischen den Parteien im November

1853 geführten Vorproceß das Contract-Verhältniß in Betreff des hier in Betracht kommenden Punctes eine nähere Beſtimmung erhalten hat.

Um die angegebene Zeit waren, was nach dem Inhalte der Chartepartie bei deren Abſchluß außerhalb der Vermuthung der Parteien gelegen hatte, Feindſeligkeiten zwiſchen Rußland und der Türkei ausgebrochen, bevor noch das klägeriſche Schiff die Reiſe von der Nordſee nach Conſtantinopel und dem Schwarzen Meere angetreten hatte. Der Kläger glaubte nun nach dem Sinne der Chartepartie, bei der weſentlich veränderten Sachlage, — indem während bis dahin das Eintreten des Kriegszuſtandes überhaupt und jedenfalls der Zeitpunkt deſſelben un- pag. 13.
gewiß geweſen waren, jetzt jener Zuſtand mit voller Wirkung wenigſtens in Beziehung auf die Fahrt im Schwarzen Meere vorlag — von der in der Chartepartie übernommenen Verbindlichkeit, das Schiff die Reiſe, und zwar zunächſt nach Conſtantinopel, antreten zu laſſen, ſich losſagen zu dürfen, wenn nicht die Beklagten ſich ſchlechthin verpflichten würden, dem Schiffe von dem letztgedachten Orte oder einem andern Hafen diesſeits des Bosporus eine chartepartiemäßige Fracht zu geben. Die Beklagten lehnten dieſe letztere Zumuthung ab, und beſtanden darauf, daß das Schiff ohne Weiteres die Reiſe antrete. — Das Handelsgericht trat ihnen in dem letzteren Verlangen bei, ſprach aber zugleich aus, daß die Nöthigung des Klägers, das Schiff auch unter den veränderten Umſtänden nach Conſtan- pag. 14.
tinopel reiſen zu laſſen, mit dem Sinne des Contractes und der contractlichen Billigkeit nicht in Widerſpruch trete, indem der Kläger in Betreff der Beladung des Schiffes keinesweges der Willkür der Beklagten werde Preis gegeben ſein. Nur dann, wenn die Beklagten dem Schiffe keine Beladung geben könnten, nicht aber ſchon, wenn ſie es nicht wollten, würden dieſelben berechtigt ſein, die Chartepartie als aufgehoben zu betrachten.

Die vorſtehende Auffaſſung des hier in Betracht kommenden Paſſus der Chartepartie bildet nach dem Bemerkten eine von den Grundlagen, auf welchen das in dem Vorproceſſe am 17. November 1853 abgegebene Erkenntniß beruhet, und indem

der Kläger in Folge dieſes letzteren das Schiff alsbald nach
pag. 15. Conſtantinopel hat abgehen laſſen, war er auch berechtigt, ſeinerſeits auf jener Auffaſſung zu fußen und die Beladung des Schiffes von Conſtantinopel oder einem andern guten Hafen diesſeits des Bosporus als nicht von der Convenienz der Beklagten abhängig zu behandeln. — Unrichtig iſt es, wenn die Beklagten in dem hervorgehobenen Satze des früheren Handelsgerichts-Erkenntniſſes nur einen Entſcheidungsgrund erblicken wollen, der auf das unter den Parteien beſtehende Rechtsverhältniß keinen ſelbſtſtändigen Einfluß ausüben könne. Der in Betracht gezogene Ausſpruch des Handelsgerichts ſtellt, wie aus dem Obigen ſich ergiebt, einen weſentlichen Theil des zwiſchen den Parteien beſtehenden Contracts-Verhältniſſes feſt und bildet
pag. 16. in Beziehung zu dem früheren Deciſum ſelbſt, mit dem er im engſten Zuſammenhang ſteht, eine wirkliche Unterentſcheidung, von welcher ſpäter nicht wieder abgewichen werden darf.

Dem Vorſtehenden zufolge war der Kläger, oder ſtatt ſeiner der das klägeriſche Schiff führende Capitain Pape, berechtigt, Erfüllung der Chartepartie in Conſtantinopel zu verlangen, wenn nicht etwa die Beklagten und ihre Correſpondenten, Matthieu Gebr. & Co., als das Schiff am 13. März 1854 dort eingetroffen war, in der Lage waren, weder von Conſtantinopel, noch von einem andern guten Hafen diesſeits des Bosporus Ladung „geben zu können“, und der Beweis des letztgedachten Umſtandes war den Beklagten, welche ihn behauptet haben, abgeſehen von der Entſcheidung über die ſonſtigen Exceptional-Momente, aufzulegen. — Anlangend übrigens die Be-
pag. 17. deutung des „Ladung geben können“, ſo iſt dieſer Ausdruck nicht von einer abſoluten Unmöglichkeit der Beladung, ſondern nur davon zu verſtehen, daß die Beklagten und deren genannte Correſpondenten ernſtlich, zeitig und mit Anwendung pflichtmäßiger Diligenz bemüht geweſen ſeien, für das klägeriſche Schiff auf die Zeit von deſſen in Conſtantinopel zu erwartendem Eintreffen Ladung entweder an letzterem Orte ſelbſt, oder wenn dies Schwierigkeiten gehabt haben ſollte, in einem andern Hafen diesſeits des Bosporus in Bereitſchaft zu bringen, daß gleich-

Digitized by Google

wohl dieſe Bemühungen wegen äußerer und von ihnen unabhängiger Umſtände keinen Erfolg gehabt haben.

Selbſtverſtändlich würde es auf dieſen Beweis — ſo wie überhaupt auf das hier in Betracht gezogene erſte Exceptional- pag. 18.
moment — dann nicht ankommen, wenn der Kläger die eventuell ſeiner Klage zu Grunde gelegte Behauptung ſollte beweiſen können, daß die Beklagten bei Gelegenheit der im November 1853 über die Abfertigung des klägeriſchen Schiffes nach Conſtantinopel geführten Verhandlungen, oder auch ſpäter, die Beladung des Schiffes, wie oben bemerkt, auf alle Fälle zugeſagt haben. Der desfallſige Beweis war mithin dem Kläger nachzulaſſen, und zwar, nach Maßgabe des hierauf bezüglichen beklagtiſchen Vorbringens, unter dem Vorbehalte des Gegenbeweiſes insbeſondere dahin, daß die Beklagten jenes Verſprechen nur bedingungsweiſe angeboten, die Bedingung aber von dem Kläger nicht angenommen worden ſei.

2) Das zweite Exceptionalmoment, durch welches die Be- pag. 19.
klagten die Klage wegen Unthunlichkeit der Zugrundelegung eines beſtimmten Frachtſatzes als unhaltbar zu bezeichnen verſucht haben, iſt völlig unbegründet.

Der hier berührte Einwand würde keinenfalls eine Abweiſung der Klage motiviren, ſondern nur etwa eine Ermäßigung des geforderten Fautfracht-Quantums, falls die Beklagten in dieſer Beziehung geeignete Anführungen gemacht hätten, bewirken können. Allein, wie es an ſolchen Anführungen gänzlich fehlt, und ſomit dem richterlichen Ermeſſen keine Materialien geliefert ſein würden, um eventuell eine Reduction des Frachtbelaufes in angemeſſener Weiſe vornehmen zu können, ſo ſteht es dem Beklagten hier allgemein entgegen, daß der Frachtſatz von 33 ℛ per Laſt, der für die Abladung von Conſtantinopel vertragsmäßig feſtgeſtellte iſt, und nur durch die Wahl eines pag. 20.
anderen Abladehafens von Seiten der Beklagten hätte modificirt werden können. Da nun dieſelben von dieſem Wahlrechte keinen Gebrauch gemacht haben, eine Modification jener Frachtbeſtimmung alſo nicht Statt gefunden hat, ſo iſt auch der Kläger be-

Digitized by Google

rechtigt, diese letztere, wie von ihm geschehen, der Klage zu Grunde zu legen.

Anlangend

3) den auf dem Nichtabwarten der Ladezeit Seitens des Capitain Pape abgeleiteten beklagtischen Einwand, so sagen freilich die zur Unterstützung desselben citirten Schriftsteller

Pöhls Seerecht S. 492.

Kaltenborn Seerecht I. S. 356.

daß der Schiffer, dem der Befrachter oder dessen Correspondent
pag. 21. die Ladung innerhalb einer gewissen hiefür bestimmten Frist — der stipulirten Anzahl von Ladetagen — zu liefern habe, nicht absegeln dürfe, bevor jene Frist abgelaufen sei, und diese Annahme ist dann auch selbstverständlich in der Natur des Verhältnisses begründet. Allein sie finden wegen zweier Umstände auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. — Erstens weil die Correspondenten der Beklagten dem Schiffer mit unzweideutigen Worten erklärt hatten, die Chartepartie nicht erfüllen zu können, und in Folge dessen von der Verbindlichkeit zur Erfüllung sich loszusagen. — Bei einer positiven Erklärung dieses Inhaltes brauchte der Schiffer, falls im Uebrigen Veranlassung hiezu vorhanden gewesen wäre, den Ablauf der Ladezeit nicht abzuwarten, wie denn kein Schriftsteller unter solchen Umständen eine Verbindlichkeit des Schiffers in der betreffenden Beziehung
pag. 22. statuirt. — Zweitens steht es den Beklagten hier entgegen, daß nach der Lage der Sache von dem Beginnen einer Ladezeit zu Constantinopel überhaupt nicht die Rede sein kann. Denn der Schiffer sollte daselbst zunächst nur die Ordre erhalten, wo er Ladung zu bekommen habe, und zwar sollte ihm diese Ordre (vergl. den Eingang der Chartepartie) „innerhalb 24 Stunden nach Ankunft“ ertheilt werden. Demnach würde es auf eine Ladezeit erst dann angekommen sein, wenn Constantinopel oder ein gewisser anderer Hafen für den Zweck der Beladung namhaft gemacht worden wäre. Dann und resp. daselbst würde der Schiffer die Ladezeit abzuwarten gehabt haben. Dagegen war keine Veranlassung dazu vorhanden, länger in Constantinopel zu bleiben, nachdem die für die Ertheilung der

Digitized by Google

Ordre bestimmte Frist expirirt war, ohne daß die Aufgabe des Beladungsplatzes erfolgt wäre. — Ein Bruch der Chartepartie pag. 23.
Seitens des Schiffers hätte hier nur darin gelegen, wenn er vor Ablauf der erwähnten 24 Stunden abgesegelt sein sollte.

Endlich mußte

4) die Einrede der Renunciation oder der Annullirung der Chartepartie anders als von den vorigen Richtern beurtheilt werden.

Hiebei kam es auf zwei Puncte an; erstens auf den Umfang der Legitimation eines im Auslande sich befindenden Schiffers im Verhältnisse zum Rheder, zweitens auf das Wesentliche desjenigen Geschäftes, welches im vorliegenden Falle zwischen dem Capitain Pape und den Correspondenten der Befrachter errichtet worden ist, und dessen verbindliche Kraft in Betreff seiner der Kläger bestreitet.

Den ersten dieser beiden Puncte anlangend, so steht es freilich nach den übereinstimmend von den Schriftstellern und in pag. 24.
der Praxis anerkannten Grundsätzen völlig fest, daß der, am Wohnorte oder im Bereich des Rheders mit sehr beschränkter Vertretungsbefugniß ausgerüstete Schiffer im Auslande als der rechtmäßige Stellvertreter des Rheders in Betreff alles desjenigen gilt, was in den Angelegenheiten des Schiffes und für den Zweck der ihm anvertrauten Fracht-Uebernehmung auszuführen ist.

Heise und Cropp Jurist. Abhandl. I. S. 465 ff.
Pöhls Seerecht, S. 153 ff.
Kaltenborn Seerecht, ed. I. S. 147 ff.
Abbot-Shee law of merchant ships, T. II. ch. 2. (Ed. 6. S. 107 ff.)
Maude & Pollock law of merchant shipping, S. 74 ff.
Boulay-Paty droit commercial maritime, Titre III. pag. 25.
sect. I. Bd. I. S. 263 ff.

Allein diese Vertretungsbefugniß findet dort ihre Grenze, wo eine Handlung in Frage steht, von der es gewiß ist, daß sie dem Zwecke der Expedition, folglich auch der Absicht des Rheders

Digitized by Google

und der zwischen diesem letzteren und dem Schiffer bestehenden lex praepositionis nicht entsprechen kann. — Diese, auch bei jeder Einsetzung eines gewöhnlichen Factors festzuhaltende Beschränkung der Legitimation liegt selbstverständlich den betreffenden gesetzlichen Aussprüchen zu Grunde.

L. 1. pr. §. 7. §. 12.
L. 7. Dig. de exercit. act. 14. 1.
L. 5. §. 11. Dig. de inst. act. 14. 3.
Thöl Handelsrecht I. §. 316. (3. Ausg.) S. 138.

pag. 26. und stimmen damit die speciell von dem Verhältnisse des Schiffers zum Rheder handelnden Autoren überein:

z. B. Pöhls S. 156. sub c.
Abbot-Shee l. c. S. 111 und 114.

welcher letztere Schriftsteller wiederholend nur diejenigen Contracte des Schiffers für bindend in Betreff der Rheder erklärt, welche (entweder durch eine Nothwendigkeit bedingt sind, oder) zum „usual employment of the ship" gehören, und der ausdrücklich hinzufügt, die in gewisser Hinsicht allgemeine Autorisation des Schiffers könne nicht etwa in solcher Ausdehnung aufgefaßt werden, daß derselbe Contracte, welche der Rheder geschlossen habe, annulliren, Güter frachtfrei annehmen dürfe und dergleichen mehr. Und

Maude & Pollock p. 75.

pag. 27. zählen es zu den wirkungslosen Handlungen des Schiffers, wenn derselbe z. B. eine Veränderung der Reise bewilligen oder die zwischen dem Rheder und dem Befrachter vereinbarte Fracht herabsetzen wollte. — Das von den vorigen Richtern angezogene Preußische Landrecht weicht hiervon nicht ab. Denn bei der Behandlung des betreffenden Verhältnisses zwischen Rheder und Schiffer wird auf die Grundsätze über die Stellung des Factors verwiesen, und in Bezug hierauf heißt es im §. 512, daß

> „Einschränkungen, welche sich aus der Natur des Auftrages von selbst ergeben, keiner ausdrücklichen Kundmachung bedürften."

Endlich ist hier von großer Bedeutung der §. 2 der Bremischen Verordnung über die Verbindlichkeit der Rheder

vom 9. Januar 1832. — Dort heißt es, daß der in der Fremde pag. 28.
sich befindende Schiffer

„durch alle Verträge, welche er in Angelegenheiten des Schiffes abschließe, den Rheder verpflichte, sofern dieselben nur überhaupt den wirklichen Bedürfnissen des Schiffes entsprechen und dem Zwecke der Reise gemäß sind."

Werden nun auch bei dieser Verordnung speciell nur Rheder und Schiffer derjenigen Schiffe ins Auge gefaßt, „welche unter Bremischer Flagge fahren", so führt doch Nichts darauf hin, daß in Bezug auf diese Schiffe, wenigstens in Betreff des hier behandelten Gegenstandes, singuläre Grundsätze hätten aufgestellt werden sollen. Man darf deshalb unbedenklich in jenem Paragraph eine Anerkennung der im Obigen dargelegten gemeinrechtlichen und in der allgemeinen Seerechts-Praxis geltenden Grundsätze Seitens der Bremischen Gesetzgebung erblicken. pag. 29.

Zieht man nun die zwischen dem Capitain Pape und Matthieu Gebr. & Co. geschlossene Vereinbarung

H. Ger. Act. [7]

in Betracht, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der erstere hiebei außerhalb der ihm zuständigen Befugnisse gehandelt hat, und überdies in einer Weise, daß auch Matthieu Gebr. & Co. hierüber nicht im Ungewissen sich befinden konnten.

Mit Recht macht nämlich der Kläger es geltend, daß, der Sache nach, nichts weiter vorliegt, als ein Verzicht des Schiffers auf chartepartiemäßige Rechte seines Rheders, und zwar ohne daß ihm eine Gegenleistung für die seinerseits ausgesprochene Renunciation zu Theil geworden wäre: weder eine positive, durch irgend eine Zahlung oder sonstige Vergütung, z. B. durch eine andere mit besonderen Vortheilen verknüpfte Befrachtung; noch auch eine negative, indem er etwa lästigen Verpflichtungen pag. 30.
enthoben worden wäre. — Nicht nur Ersteres, sondern auch das Letztere liegt klar vor. Der Schiffer hatte, der Chartepartie Folge leistend, die Reise von der Nordsee nach Constantinopel unternommen und zurückgelegt, um am letzteren Platze Ordre zur Einnahme von Ladung in einem ihm aufzugebenden Hafen

Digitized by Google

zu erhalten. Er verlangte dieſe Aufgabe, und erhielt ſtatt derſelben zur Antwort, daß keine Ordre gegeben werden könne. Nach Verlauf der Friſt, welche zur Ertheilung der Ordre beſtimmt war, proteſtirte nunmehr der Schiffer und behielt ſeinem Rheder alle Rechte vor, welche demſelben aus der geſchloſſenen Chartepartie zuſtänden. Daß nunmehr noch irgendwelche Verpflichtungen auf dem Schiffe gehaftet hätten, läßt ſich nicht behaupten. Auch geht das Gegentheil hiervon klar aus dem
pag. 31. Matthieu'ſchen Schreiben vom 14. März hervor, in welchem es ohne Zweifel ausgeſprochen ſein würde, und, den Umſtänden nach, hätte ausgeſprochen werden müſſen, wenn Seitens der Briefſteller noch irgend ein Anſpruch an das Schiff hätte erhoben werden ſollen.

Wenn die Beklagten für ſich geltend zu machen verſucht haben, der Schiffer hätte, ohne die hier in Rede ſtehende Vereinbarung die Ladezeit (14 Arbeitstage) in Conſtantinopel bleiben müſſen, und darin, daß ihm dieſe Verbindlichkeit erlaſſen ſei, liege eine Vergütung für den ſeinerſeits ausgeſprochenen Verzicht, ſo iſt dagegen ſchon Das entſcheidend, daß, wie oben ad 3 ausgeführt worden iſt, die vorbemerkte Verbindlichkeit überhaupt nicht beſtand, übrigens auch von Matthieu Gebr. & Co.
pag. 32. gar nicht in Anſpruch genommen worden iſt, wie Letzteres aus deren ſo eben berührtem Schreiben vom 14. März hervorgeht. Es kommt demnach darauf nicht an, ob hier von einer den Schiffer zum Verzicht auf die chartepartiemäßigen Rechte des Rhebers berechtigende Gegenleiſtung überhaupt würde geredet werden können.

Nicht minder unerheblich iſt die beklagtiſche Anführung, daß es keine liquide oder unbeſtrittene Anſprüche geweſen ſeien, auf welche Capitain Pape verzichtet habe, daß es im Gegentheil aus den Erklärungen von Matthieu Gebr. & Co. hervorgehe, daß ſie keinerlei Verbindlichkeiten als auf ihrer oder der Befrachter Seite im Verhältniſſe zum Schiffe vorhanden anerkenneten. Hierauf kommt es ſchon deshalb nicht an, weil der Schiffer eben ſo wenig beſtrittene, wie unbeſtrittene Anſprüche ſeines Rhebers unentgeldlich aufgeben darf.

Digitized by Google

Endlich ist auch, wie keiner Ausführung bedarf, der Bei- pag. 33.
rath, den der Oldenburgische Consul dem Capitain Pape hier geleistet hat, so wie, daß Ersterer zugleich Hanseatischer Geschäftsträger ist, ohne allen Einfluß auf die Entscheidung der vorliegenden Sache.

Demnach mußte so, wie im Erkenntnisse geschehen, reformatorisch und zwar, wie bei dem Puncte sub 1 angegeben, auf Beweisführung erkannt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretarius.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Everhard Delius zu Bremen, Liquidantens und Interveniantens, jetzt Appellantens, wider Johann Heinrich Stuckenschmidt daselbst, Liquidanten und Interventen, jetzt Appellaten, zur Concurssache des Carl Wilhelm Heinrich Bartels, eine Darlehnsforderung von 4000 ℛ betreffend, wird den Parteien der am 2. d. M. erfolgte Eingang der Voracten angezeigt, und da es einer weiteren Verhandlung nicht bedarf,

in Erwägung,

daß eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des Obergerichts genügt, indem der Einwand des Appellanten, es sei schon durch das rechtskräftige Beweisinterlocut vom 28. Mai 1856 entschieden, daß die Urkunde [15] der Concursacten zur Erbringung des Beweises nicht hinreiche, bei dem Schlußvorbehalte des Interlocutes und da ein anticipirter Beweis, sobald er nur die Möglichkeit eines Gegenbeweises noch übrig läßt, den Erlaß eines Beweisinterlocutes in der gewöhnlichen Form nicht hindert (vergl. §. 166. der Bremer Ger. Ordn.), keiner Widerlegung bedarf, die übrigen Einwendungen des Appellanten aber theils auf der ganz grundlosen Voraussetzung beruhen, als habe der Urkunde [15] dem Appellanten gegenüber eine Beweiskraft beigelegt werden sollen, welche ihr dem Contradictor gegenüber nicht zukomme, theils in einer Verkennung des unzweifelhaften Rechtssatzes bestehen, daß Bekenntnisse eines Cridars, welche vor Ausbruch des Concurses ausgestellt sind, im Liquidationsverfahren volle Beweiskraft haben, sofern nicht nach Zeit und Umständen der Verdacht begründet ist, daß damit eine Benachtheiligung der Gläubiger oder Einzelner derselben beabsichtigt worden sei,

Digitized by Google

Schweppe Concurs §. 131.
Bayer Concursproz. §. 61.

zu einem solchen Verdacht aber im vorliegenden Falle, bei der Zeit der Ausstellung der Urkunde, nicht der entfernteste Anlaß gegeben ist;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 16. Februar d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei.

Uebrigens wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Untergericht zurückverwiesen, und soll das Obergericht um Insinuation dieses Erkenntnisses an die Appellaten ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. Mai 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretär.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Pfeiffer & Seekamp zu Bremen als General-Agenten der Deutschen Phönix-Versicherungsgesellschaft in Frankfurt a/M., Beklagter jetzt Appellanten, wider Johann Heinrich Oertzen (rectius Oersen), gleichfalls zu Bremen, Klägern jetzt Appellaten, wegen Brandentschädigung, jetzt geführten Beweis betreffend (App. II.), wird die von dem abgetretenen Procurator der Appellanten übergebene Substitutions-Anzeige dem Appellaten hieneben abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 8. October 1855, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. R.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 25. Juni 1857.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn, Kanzlist,**

loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

pag. 2. I. Von den im Obergerichts-Erkenntnisse vom 13. Juni 1853 dem Kläger alternativ auferlegten vier Beweisen, von denen nur der vierte durch das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 26. October 1854 einen schärfenden Zusatz erhalten hat, ist durch das in der Revisionsinstanz bestätigte Erkenntniß des Obergerichts vom 18. Juni 1855 der Beweis der drei letzten Alternativen bis auf die eventuelle Eidesdelation für verfehlt erklärt und dawider vom Kläger kein Rechtsmittel ergriffen worden. Dagegen hat das Obergericht im gedachten Erkenntnisse den Beweis der ersten Alternative, welcher dahin geht:

a) daß er (Kläger) dem früheren Agenten der beklagtischen
pag. 3. Versicherungsgesellschaft W. Poser die Anzeige gemacht habe, es solle in dem in Frage stehenden Immobile eine Gastwirthschaft betrieben werden oder solche Gastwirthschaft werde darin betrieben,

und

b) daß der frühere General-Agent Poser darauf ihm zu der Fortdauer der Versicherung die Zustimmung ertheilt habe,

für bis zur Hälfte geführt erklärt, und demzufolge den Kläger zu einem dem Beweisthema entsprechenden Erfüllungseid zugelassen.

Gegen diese Entscheidung haben die Beklagten in gegenwärtiger Instanz ihre vier ersten Beschwerden gerichtet, indem
pag. 4. sie verlangen, daß auch dieser Beweis für verfehlt, resp. durch den Gegenbeweis entkräftet und demzufolge auf den Schiedseid oder auf den Reinigungseid erkannt werde.

Dieser Antrag mußte jedoch als unbegründet verworfen werden.

Was zunächst den Sinn des zweiten Theils des Beweissatzes betrifft, welcher hier hauptsächlich in Betracht kommt, so erhält dieser seine Erläuterung aus den Entscheidungsgründen

Digitized by Google

zum Beweis-Interlocute vom 13. Juni 1853. Hier legt das Obergericht ein Hauptgewicht darauf, daß es sich hier nur um eine Fortdauer oder Fortsetzung einer bestehenden Versicherung und um die Genehmigung eingetretener Veränderungen handle. Allerdings zwar hebt Es dieß zunächst nur zur Beseitigung des Einwandes hervor, daß im vorliegenden Falle die Zahlung einer Zusatzprämie überall nicht erfolgt sei, und daher nach §. 5. pag. 5.
der Bedingungen zur Zeit des Brandes eine Versicherung überall nicht mehr existirt habe, indem das Obergericht der Ansicht ist, daß in solchem Falle der §. 5. der Bedingungen nicht eintrete. Allein Es äußert sich bei dieser Gelegenheit in einer Weise, aus der hervorgeht, daß Es eine von Agenten der Gesellschaft ertheilte Zustimmung zur Fortsetzung einer bestehenden Versicherung bei vermehrter Feuersgefahr, selbst dann für eine dem Dritten gegenüber bindende betrachtet, wenn über den Betrag der zu zahlenden Zusatzprämie noch keine Vereinbarung stattgefunden habe. Denn es heißt ausdrücklich, es liege kein Grund vor, die Agenten als unberechtigt anzusehen, die Zustimmung sofort auf eine rechtsverbindliche Weise auszusprechen und die nachzuzahlende Zusatzprämie, über deren Größe sie pag. 6.
sich genauerer Information (z. B. durch Ansicht der betreffenden neuen Einrichtungen) vorbehalten können, dem Versicherten zu creditiren.

O. Ger.-Acten Nr. 16. p. 17. 18.

Hiernach muß also auch der obige Beweissatz, insofern er dahin geht, daß Poser dem Kläger zu der Fortdauer der Versicherung die Zustimmung ertheilt habe, interpretirt werden, und da die Beklagten in dieser Richtung den Beweissatz als einen ungenügenden überall nicht angefochten haben, so steht er in dem Sinne rechtskräftig gegen sie fest. Nur daß Poser nach erfolgter Anzeige, daß in dem versicherten Hause eine Gastwirthschaft betrieben werde oder werden solle, als Agent seine Zustimmung zur Fortdauer der Versicherung ertheilt, nicht auch, daß mit ihm eine Vereinbarung über die zu zahlende Zusatzprämie getroffen pag. 7.
sei, brauchte daher vom Kläger erwiesen zu werden. Und zwar um so weniger, als, wie auch bereits vom Ober-App.-Gerichte

Digitized by Google

in seinen früheren Entscheidungsgründen p. 32—33 bemerkt worden ist, — die Beklagten im ersten Verfahren gar nicht behauptet hatten, daß abseiten Poser's die Forderung einer Zusatzprämie gestellt sei.

Prüft man nun hiernach

A.) den Beweis des Klägers, so muß man dem Obergerichte beitreten, daß er für halb geführt zu erachten ist.

Was hier zuvörderst

1) die Person der beiden Zeugen Haar und Poser betrifft, deren Aussagen hier allein in Betracht kommen, so kann es

a) völlig dahingestellt bleiben, ob Haar ein wirklich unzu-
pag. 8. lässiger Zeuge, welcher gar nicht hätte abgehört werden sollen, oder ein nur verdächtiger Zeuge ist, da jedenfalls sein Interesse an dem Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreits ein so entschiedenes und bedeutendes ist, daß auf seine Aussagen überall kein Gewicht gelegt werden kann. Denn nach dem, was Beklagte beigebracht haben und bei der Mittellosigkeit des zum Armenrechte zugelassenen Klägers ist es völlig klar, daß, wenn dieser den gegenwärtigen Proceß verlieren sollte, Haar seiner beiden handfestarischen Forderungen von 500 ℛ und 600 verlustig gehen würde, da denselben 3100 ℛ resp. 4500 ℛ vorgehen,

O. Ger. Acten Nr. 26.

und der Grund des abgebrannten Gebäudes nebst dessen Trümmern nur zu etwas über 1000 ℛ geschätzt sind.

pag. 9. O. Ger. Acten Nr. 27 u. 43.

Zwar beruft sich der Kläger in gegenwärtiger Instanz darauf, daß durch die vom Staate projectirten neuen Anlagen in der Nähe des abgebrannten Hauses dessen Grundwerth ohne Zweifel eine erhebliche Steigerung erfahren werde. Allein daß diese Steigerung das Siebenfache der Taxation von 500 ℛ erreichen werde, was doch nöthig wäre, um, unter Hinzurechnung des Werths der Trümmer, Haar auch nur wegen seines ersten Postens zu decken, läßt sich nicht wohl annehmen.

Muß aber schon nach Demjenigen, was jetzt als erwiesen vorliegt, von den Aussagen des Zeugen Haar bei Beurtheilung

Digitized by Google

des klägerischen Beweises ganz abgesehen werden, so erledigt pag. 10.
sich dadurch die sechste Beschwerde der Beklagten, daß nicht der Beweis ihrer Einrede gegen diesen Zeugen weiter instruirt sei, ganz von selbst.

Anlangend dagegen

b) den Zeugen Poser, so war den vorigen Richtern darin beizutreten, daß weder aus dem Briefe desselben [45], insofern sich darin eine Verstimmung über das Benehmen des Directors Löwengard ausspricht, noch auch aus der, durch diesen Brief und durch die adjungirte Acte des Criminalgerichts bekundete frühere gereizte Stimmung des Poser gegen den Mitbeklagten Seekamp — denn eine eigentliche Feindschaft liegt nicht vor — Gründe zu entnehmen sind, welche geeignet wären, die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen der beklagten Gesellschaft gegenüber irgend erheblich zu schwächen, da nicht anzunehmen steht, ein pag. 11.
Mann, gegen dessen Character überall nichts Nachtheiliges auch nur vorgebracht ist, und der daher als durchaus unbescholten gelten muß, werde, weil er von jenen Personen sich früher verletzt gefühlt, in einer Sache, welche für diese nur von ganz entferntem und untergeordnetem Interesse ist, wissentlich falsch aussagen.

Anlangend aber

2) den Inhalt seiner Aussagen, so sind diese

a) hinsichtlich des ersten Theils des Beweises ganz erschöpfend, indem der Zeuge bestimmt angiebt, daß der Kläger ihm in seiner damaligen Eigenschaft als Generalagenten der beklagten Gesellschaft, in seinem Hause die mündliche aber förmliche Anzeige gemacht habe, daß in dem versicherten Hause Gastwirth- pag. 12.
schaft betrieben werden solle, und zwar in der Absicht, um die Zustimmung der Gesellschaft zur Fortdauer der Versicherung zu erbitten.

Ad art. prob. 7 et interrog. ad eundem.

Nicht minder bestimmt hat der Zeuge sich aber

b) über den zweiten Theil des Beweises erklärt. Er deponirt nämlich, er habe auf jene ihm gemachte Anzeige hin in seiner Eigenschaft als Generalagent dem Kläger zu der Fortdauer

der Versicherung die Zustimmung ertheilt, wenn er sich gleich der dabei gewählten Ausdrücke nicht mehr genau erinnere.

Ad art. prob. 9. et interrog. 4.

und zwar habe er diese Zustimmung für sich Namens der Gesellschaft endgültig ertheilt.

pag. 13. Ad interrog 2. ad. art. prob. 9.

Die von dem Beklagten aus sonstigen Depositionen des Zeugen, aus dem theilweisen Widerspruch derselben mit denen des Zeugen Haar und aus anderen Umständen hergenommenen Gründe, weshalb der obigen Erklärung ertheilter Zustimmung, als nur auf der jetzigen Deutung früher gebrauchter, aber dem Zeugen, wie er selbst gestehe, nicht mehr genau erinnerlicher Worte beruhend, voller Glaube nicht geschenkt werden könne, sind, soweit sie in erster Instanz vorgebracht, bereits vom Obergerichte genügend widerlegt worden.

Wenn die Beklagten in dieser Instanz aber noch weiter geltend machen:

a a) Poser gebe selbst vor, daß er, als er bald nach der
pag. 14. dem Kläger ertheilten Zustimmung auf acht Tage verreiset sei, seinem damaligen Procuristen, dem gegenwärtigen Mitbeklagten Seekamp, überlassen habe, die Zusatzprämie so billig wie möglich zu bestimmen, so daß also das Erneuerungsschäft jedenfalls noch nicht in allen Beziehungen mit dem Kläger endgültig von ihm abgeschlossen gewesen sei;

b b) Poser gebe zu, daß sein damaliger College Krusbecker die Uebertragung der Versicherung auf den Kläger, unter Rückzahlung der Prämie, noch hätte ablehnen können, erkenne damit also selbst an, daß seine, des Poser, erklärte Zustimmung noch keine endgültige, die Gesellschaft bindende gewesen sei:

so beruht

pag. 15 ad a a) der erste Einwand auf einem Uebersehen der oben dargelegten dem Beweissatze zu Grunde liegenden Ansicht, daß die Zustimmung des Agenten die Fortdauer der bestehenden Versicherung bewirkt, wenn auch über die Zusatzprämie wegen vermehrten Risico's noch keine feste Vereinbarung zu Stande gekommen ist. Es konnte, von dieser Ansicht ausgehend, also auch Poser

Digitized by Google

in dieſem Falle trotz eines Vorbehalts wegen der additionellen Prämie ſeine Zuſtimmung ſehr wohl als eine endgültige bezeichnen. Auch liegt

ad bb) in der hier in Bezug genommenen Aeußerung des Poſer das daraus hergeleitete Anerkenntniß keinesweges. Denn es ſteht, wie auch ſchon die alternative Faſſung der Beweisſätze 1., 2. und 3. zeigt, rechtskräftig feſt, daß Poſer allein vollkommen ermächtigt war, die Zuſtimmung zu der Fortdauer der Verſiche- pag. 16.
rung entgültig zu ertheilen. Auch erklärt Poſer ausdrücklich, er habe dabei in dieſem Falle kein Bedenken gehabt, weil er und ſein Mitagent Krusbecker gegenſeitig die Genehmigung bei ſolchen Abſchlüſſen hätten vorausſetzen dürfen.

Ad art. prob. 9.

Wenn daher Poſer ſpäter ſich dahin äußert, daß, ſollte die Fortdauer der Verſicherung in den Büchern der Geſellſchaft nicht notirt ſein, dieß nur aus einer unbegreiflichen Nachläſſigkeit von Seekamp oder Krusbecker unterlaſſen ſein können, indem dieſe entweder die Police hätten übertragen oder die Uebertragung, unter Rückgabe der Prämie, hätten ablehnen müſſen, ſo iſt damit darüber, ob dieſe Ablehnung noch hätte geſchehen dürfen, pag. 17.
und ob die von ihm, Poſer, einmal ertheilte Zuſtimmung wirkungslos geworden ſein würde, nichts von ihm zugeſtanden worden.

B) Nicht minder verfehlt iſt der Verſuch der Beklagten, aus den früheren Entſcheidungsgründen des Ober-Appellations-Gerichts zu deduciren, daß Poſer's Ausſagen, wenn ſie glaubwürdig wären, dem Kläger ſogar entgegenſtehen würden.

Allerdings hat das Ober-Apellationsgericht ſich dahin ausgeſprochen, daß die vom Kläger zu erweiſende Zuſtimmung Poſer's eine feſte und unbedingte geweſen ſein müſſe, und iſt auch von der Vorausſetzung ausgegangen, daß in den Verhandlungen mit Poſer von der Verpflichtung des Klägers zur pag. 18.
Zahlung einer Zuſatzprämie gar nicht die Rede geweſen ſei, da die Beklagten ſelbſt eine dahin gerichtete Forderung Poſer's früher gar nicht behauptet hätten.

Digitized by Google

Gingen daher die Aussagen Poser's dahin, daß seine Zustimmung nur eine in solcher Weise bedingte gewesen sei, daß sie eine aufschiebende Wirkung gehabt hätte, so wäre der Beweis des Klägers allerdings verfehlt. Nun deponirt aber Poser zwar, daß er dem Kläger erklärt habe, dieser werde eine Zusatzprämie zahlen müssen,

ad interrog. 11. ad art. prob. 7.

allein hat der Kläger, wie die Beklagten selbst voraussetzen, daß er gethan, sich hiemit im Allgemeinen einverstanden erklärt und daß er es Poser gegenüber nicht gethan, dafür liegt aller-
pag. 19. dings nichts vor — so würde daraus keineswegs folgen, daß Poser's Zustimmung nur eine, unter der sich von selbst verstehenden Voraussetzung der Zahlung der Zusatzprämie, also mit einer Suspensiv-Bedingung verknüpfte gewesen sei, was das Ober-App.-Gericht p. 25. seiner früheren Entscheidungsgründe nur für den Fall ausgesprochen hat, daß mit der Zustimmung bereits die wirkliche Forderung einer bestimmten Zusatzprämie verbunden worden ist, vielmehr würde in diesem Falle — wie nach dem Obigen das Obergericht auch bei Feststellung des Beweissatzes angenommen hat, — die erklärte feste Zustimmung immer die Fortdauer der bestehenden Versicherung bewirkt haben.

Treten nun zu dieser Aussage des Zeugen Poser noch die
pag. 20. bereits vom Obergerichte hervorgehobenen adminiculirenden Umstände hinzu, so kann es kein Bedenken haben, den Beweis der ersten Alternative für zur Hälfte geführt zu erklären, und es kommt nur noch darauf an, ob

B) der insoweit geführte Beweis etwa durch den Gegenbeweis der Beklagten entkräftet, oder geschwächt worden sei. Dieß ist indessen nicht der Fall.

Wenn gleich nämlich

1) durch den Gegenbeweis dargethan ist, daß eine Umschreibung der fraglichen Versicherung auf den Namen des Klägers in den Büchern der Generalagentur nicht stattgefunden hat, so kann dieß gegenüber der bestimmt erklärten Zustimmung des Generalagenten Poser zum Uebergang der Versicherung, nicht in

Digitized by Google

Betracht kommen, da die Unterlassung der Umschreibung sich ganz natürlich daraus erklärt, daß Poser's Nachfolger von dessen pag. 21.
Zustimmung keine Kenntniß gehabt habe, wie ja die Beklagten dies selbst behaupten und auch der Zeuge Krusbecker, der College Poser's, sich nicht erinnern will, daß dieser ihm von jener Zustimmung Mittheilung gemacht habe.

ad. art. reprob. 17.

Als erheblich könnte dagegen

2) auf den ersten Blick erscheinen, daß der Gegenbeweiszeuge Pfeiffer deponirt, der Kläger sei mehrmals und auch wohl im Jahre 1852 am Comptoir der Beklagten gewesen, ihm die Police über sein Haus von dem Mitbeklagten Seekamp vorgelegt und die Nachzahlung einer Zusatzprämie wegen des Wirthschaftsbetriebes in demselben von ihm gefordert, aber diese Zahlung von ihm Anfangs verweigert und ihm darauf von pag. 22.
Seekamp erklärt worden, daß er bis zur Zahlung der Zusatzprämie nicht versichert sei.

Test. reprob. 3. ad art. reprob. 21, 22 und int. 1
ad eund. art. 23. und 24.

Diese hier bezeugte Weigerung des Klägers, eine Zusatzprämie zu zahlen, würde nämlich in Beziehung auf den Beweis der ersten Alternative von Erheblichkeit sein, wenn sie in Folge der nach dem Obigen von Poser seinem Procuristen Seekamp überlassenen Bestimmung der Zusatzprämie und einer demgemäß von diesem gestellten Forderung damals bereits geschehen wäre.

Allein nach dem, der Behauptung in der Einredeschrift

Obergerichts-Acten Nr. 4 S. 8—9.

entsprechenden Inhalte der betreffenden Gegenbeweis-Artikel und pag. 23.
nach dem verwandtschaftlichen Verhältnisse des Zeugen als Onkel des Mitbeklagten Pfeiffer, wodurch allein die den Beklagten in deren Geschäfte gewährte Hülfe

ad interrog. gener. 4. und art. reprob. 8.

motivirt erscheint, muß nothwendig angenommen werden, daß dasjenige, worüber der Zeuge deponirt, in die zwischen dem Kläger und den gegenwärtigen Beklagten zu Ende des Jahres 1852 eingetretenen Verhandlungen fällt, also in keiner Beziehung

Digitized by Google

steht zu denjenigen Verhandlungen, welche früher mit dem Agenten Poser stattgefunden haben und deren Resultat den Gegenstand der jetzt allein noch in Frage stehenden ersten Beweisalternative bildet. Hat nun damals über ein Jahr früher Poser endgültig in die Uebertragung der Versicherung consentirt und ist damals weder
pag. 24. von ihm noch von seinem Procuristen Seekamp die bestimmte Forderung einer Zusatzprämie an den Kläger gestellt worden, so kann es auf das dadurch dem Kläger erwachsene Recht keinen Einfluß ausüben, daß er auf das von den späteren Agenten gegen ihn ausgesprochene Verlangen einzugehen, sich Anfangs geweigert hat, und erst später darauf eingegangen ist.

Es mußte daher bei dem dem Kläger zuerkannten Erfüllungseide um so mehr sein Verbleiben behalten, als Kläger allein de veritate zu schwören im Stande ist.

II) Die fünfte Beschwerde, welche die Fassung der eventuell ausgesprochenen Verurtheilung betrifft, stellt sich als unerheblich dar. Die Klage ist darauf gerichtet, die Beklagten zu verurtheilen, den durch den fraglichen Brand entstandenen Schaden salva
pag. 25. liquidatione zu erstatten. Eben dahin geht die vom Obergerichte ausgesprochene eventuelle Verurtheilung, nur daß bereits jetzt der Betrag der Zusatzprämie in Abzug gebracht ist. Nach der wahren Meinung des Klagpetitums wie der Verurtheilung ist unter „Schaden“ offenbar nur der Schaden zu verstehen, soweit die Beklagten denselben nach Maaßgabe der Versicherungssumme und ihrer Bedingungen zu erstatten haben. Auch hat das Obergericht seine Verurtheilung zum Ueberflusse in den Entscheidungsgründen zum vorigen Urheil dahin erläutert, und dadurch sind die Beklagten gegen eine ihnen nachtheilige Deutung der Worte des Decisums so vollständig gesichert, daß es einer näheren Bestimmung des Letzteren im Urtheil selbst nicht noch bedarf.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Berthold Huchting zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, gegen Droop & Frege zu Hamburg, Kläger jetzt Appellaten, betreffend einen Handel über Pottasche, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Formalien der Apellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 29. September 1856, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, der Beklagte auch den Klägern die Kosten dieser Instanz zu erstatten schuldig sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 27. Juni 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

Nachdem die Kläger ihre in voriger Instanz gestellte, auf
pag. 2. Veränderung der Beweislast gerichtete Adhäsions-Beschwerde nicht weiter verfolgt haben und der Beklagte in seiner hieselbst übereichten Appellations-Rechtfertigungsschrift

Act. 12. p. 2.

erklärt hat, seine vor dem Obergerichte angebrachten, principaliter sofortige Abweisung der Klage bezweckenden Beschwerden, welche er Anfangs auch noch in gegenwärtiger Instanz wiederholt hatte,

Appell. Einführung [1] p. 6.

aufgeben zu wollen, stand, in Veranlassung der zweiten beklagtischen Beschwerde jetziger Instanz nur die Frage zur Entscheidung:

ob das Obergericht mit Recht die Kläger von demjenigen
pag. 3. Theile der handelsgerichtlichen Beweisauflage befreit habe, welcher sich auf die von der ersten Instanz angenommene Nothwendigkeit einer alsbaldigen Untersuchung der den Klägern am 9. Januar 1856 zugesendeten Probe, so wie der förderſamen Meldung der an selbiger wahrgenommenen oder wahrnehmbaren Mängel bezog.

Diese Frage war zu Gunsten der Kläger zu beantworten, mithin das Obergerichts-Erkenntniß zu confirmiren.

Die hier in Betracht kommenden Umstände sind folgende. Zwischen den Parteien ist durch briefliche Verhandlung in den Tagen des 21. bis 24. December 1855 ein Kaufgeschäft über 102 Fässer Pottasche von gewisser, in der Correspondenz näher
pag. 4. bezeichneter Qualität zu Stande gekommen. Die Lieferung der Waare Seitens des Beklagtens, als des Verkäufers, sollte innerhalb 14 Tagen nach wieder eröffneter Schiffahrt frei ab Bremen geschehen. Am 7. Januar 1856 ersuchten die Kläger den Beklagten brieflich, ihnen umgehend eine große Probe der Pottasche zu senden, ohne im Uebrigen Weiteres in Betreff dieses Gegenstandes hinzuzufügen, worauf dann am 9. Januar der Beklagte eine Probe an die Kläger abgefertigt hat, welche am 11. Januar in Hamburg eingetroffen ist. Die Kläger haben in

Digitized by Google

Beziehung auf die Beschaffenheit dieser Probe dem Beklagten keine Mittheilungen früher gemacht als am 24. Januar, wo sie demselben ankündigten, daß sie Jemanden zur Besichtigung und zum eventuellen Empfange der Pottasche nach Bremen senden pag. 5.
würden, und hierbei bemerkten, daß diese Probe nicht durchweg gesunde Waare gezeigt habe.

Auf diesen Hergang hat der Bekagte die Einrede der verspäteten Monitur und der somit genehmigten Beschaffenheit der in Rede stehenden Waare gestützt, auch die Ansicht des Handelsgerichts hiefür gewonnen, welches den Klägern, abgesehen von der bloß eventuell in Betracht kommenden replica doli nur noch den Beweis nachgelassen hat, daß die später an der Pottasche zufolge der klägerischen Behauptung vorgefundenen Mängel aus der Probe nicht schon erkennbar gewesen seien.

Das Handelsgericht hat sich bei dieser Auffassung des frag- pag. 6.
lichen Punktes darauf gestützt, daß es gegen die im kaufmännischen Verkehre geltenden Ansichten verstoße, eine Probe, wie solche hier den Klägern zugestellt sei, längere Zeit ruhig zu behalten und nur später und zwar erst dann mit Ausstellungen hervorzutreten, wenn der Verkäufer solche gar nicht mehr erwarten könne. Nach einer von dem Ober-Appellationsgerichte häufig befolgten und auch von den Bremischen Gerichten stets festgehaltenen Regel werde derjenige Käufer oder Besteller einer ihm zukommenden Waare, der die an derselben vorhandenen Mängel nicht alsbald nach deren Empfang rüge, als die Waare billigend behandelt. Was aber in solcher Weise von der Waare gelte, das müsse auch in Beziehung auf die Probe festgehalten werden. Hier sei dieselbe ratio, dieselbe kaufmännische Ansicht anzunehmen. pag. 7.
Und wenn es freilich für die Dauer der von dem Käufer oder Besteller innezuhaltenden Frist keine unter allen Umständen gleichmäßig anzuwendende Regel gebe, so erscheine doch jedenfalls der hier in Betracht kommende 13tägige Zeitraum als so ausgedehnt, daß unbedenklich ein Verlust der Monitur, soweit die Beschaffenheit der Probe dazu Veranlassung gegeben, auszusprechen sei.

Nun hat es seine Richtigkeit, daß der vom Handelsgerichte als Ausgangspunct der obigen Argumentation benutzte Satz von

Digitized by Google

der Nothwendigkeit alsbaldiger Meldung der an einer gelieferten Waare sich zeigenden Fehler im Handelsverkehre gilt, und von
pag. 8. dem Ober-Apellationsgericht in vielen früheren Entscheidungen anerkannt worden ist. Auch hat der klägerische Anwalt denselben nicht eigentlich bestritten und nur insofern dessen Anwendbarkeit bekämpft, wenn, wie hier vorliege, bestimmte Qualitäten der verkauften Waare Seitens des Verkäufers zugesagt worden seien, so wie wenn eine Waare in fester Packung geliefert werde, was — in der Anwendung des Satzes auf eine zugestellte Probe — hier Statt finde, da selbige im vorliegenden Falle den Klägern in einer verschlossenen Blechbüchse zugeschickt worden sei.

Die hier aufgestellten Ausnahmen sind indessen theils unbegründet, theils unzutreffend. Unbegründet ist die erstere, da ein dictum et promissum an der betreffenden Pflicht des Käufers,
pag. 9. die Contractmäßigkeit der geliefert oder eingesandt erhaltenen Waare alsbald zu prüfen und die etwa vorgefundenen Mängel demnächst zu melden, Nichts ändert und überhaupt, abgesehen von dem Einflusse auf den Umfang der Gewährleistung des Verkäufers, im Wesentlichen nur die Wirkung herbeiführt, daß ein anderes Maaß der Beurtheilung, als das gewöhnliche, bei der Untersuchung anzuordnen ist. Nur eine solche Zusage des Verkäufers würde hier eine Ausnahme begründen können, welche den Käufer ausdrücklich oder stillschweigend von der alsbaldigen Untersuchung der Waare in einer oder der andern Weise dispensirt hätte. — Richtig ist es dagegen, daß die dem Käufer obliegende Untersuchungs- und Benachrichtigungs-Pflicht überhaupt nur auf solche Fehler
pag. 10. Bezug hat, welche nach der Natur der betreffenden Waare bei der, ordentlicher und üblicher Weise vorkommenden Besichtigung erkennbar sind, folglich nicht auch auf sogenannte heimliche Mängel ausgedehnt ist, zu welchen letzteren bei manchen Waaren, deren Packung, ohne der Substanz erheblich zu schaden nicht verändert werden kann und die deshalb regelmäßig beim Handel nicht geöffnet werden, alle nicht äußerlich erkennbare Fehler gehören. Allein, daß, bei übrigens analogischer Anwendung der besprochenen Regel auf den vorliegenden Fall, in der vorgedachten Beziehung keine Ausnahme hier gemacht werden könne, wo ein, wenngleich

Digitized by Google

in einer festen Blechdose verpackter, doch nicht zum längeren Bleiben in derselben, vielmehr eigens zur Beurtheilung der Substanz bestimmter Theil der fraglichen Waare in Frage steht, pag. 11. leuchtet von selbst ein.

Ist deshalb den Klägern darin nicht beizustimmen, daß die Berücksichtigung und — wie bemerkt — analogische Anwendung des fraglichen Satzes hier ohne Weiteres zurückzuweisen sei, so kommt es auf eine Ermittelung der wahren Bedeutung desselben an, um über das Zutreffen oder Nichtzutreffen für den vorliegenden Fall, in welchem die übrigens sofort als sehr erheblich erscheinende Abweichung Statt findet, daß keine Waare, sondern nur eine gesendete Probe in Frage steht, entscheiden zu können.

Nun liegt es außer Zweifel, daß die besprochene Regel keineswegs auf einer speciell den Waarenhandel betreffenden positiven Bestimmung des Rechtes beruhet, sondern daß bei ihr nur pag. 12. eine einzelne Anwendung gemacht wird von der in Handelsgeschäften unter den Contrahenten zu beachtenden bona fides und gegenseitig geschuldeten Diligenz im Allgemeinen.

Es würde im hohen Grade unbillig sein, und dem Interesse des Verkäufers oder Absenders erheblich zuwider laufen, unter den hier in Betracht kommenden Umständen die Frage, ob der Käufer (oder Besteller) die Waare als den Gegenstand der zu erfüllenden Contractspflicht des anderen Theiles gelten lassen, oder die Waare entweder ganz refüsiren („zur Disposition stellen") oder doch Entschädigungsansprüche erheben wolle oder nicht, nach Convenienz des Käufers längere Zeit unerledigt bleiben zu lassen. — Abgesehen nämlich davon, daß schon im Allgemeinen das pag. 13. Interesse der Handeltreibenden das Verlangen derselben motivirt, soweit wie thunlich, bald die vorkommenden Geschäfte als vollständig geordnet und abgeschlossen ansehen zu können, liegen in mehrfacher Beziehung Gründe vor, welche in dieser Richtung für das Verhältniß des Verkäufers zum Käufer Bedeutung haben. — Sind nämlich die von dem Käufer in Bezug auf die Waare vorgebrachten Monita begründet, so muß der Verkäufer wünschen, förderſamst in die Disposition über die Waare zurückversetzt zu werden, um anderweitig dieselbe verwerthen zu

Digitized by Google

können. Nicht selten wird auch der Zustand der Waare Maaßregeln zum Zwecke der Wiederherstellung eines tadellosen Zustandes
pag. 14. oder doch im Allgemeinen der Conservirung erforderlich erscheinen lassen. Hierzu kann der Verkäufer erst schreiten, wenn er von dem Käufer über die Nichtacceptation benachricht worden ist und folgeweise sich wiederum als den Disponenten über die Waare anzusehen hat. — Allein auch wenn die Begründung der Seitens des Käufers erhobenen Einwendungen zweifelhaft ist, oder doch von dem Verkäufer bestritten wird, ist das Interesse des Letzteren einleuchtend, ohne Verzug den Zustand der Waare untersuchen und constatiren, auch die letztere demnächst ohne daß irgendwelche Einwirkungen ferner auf sie Statt finden, bei der Verhandlung mit dem Käufer zu Grunde legen zu können.

Selbst die Möglichkeit, daß der Käufer den Gang der Con-
pag. 15. junctur auf Kosten des Verkäufers zu benutzen versuchen könne, und zwar die Waare refüsire, wenn sie im Preise falle, und sie, ungeachtet der Möglichkeit, Ausstellungen daran zu machen behalte, wenn die Preise steigen, führt auf die Nothwendigkeit des fraglichen Satzes hin, der nach dem Allen unbedenklich auf die oben angegebene Basis des insbesondere auch bei den Handelsgeschäften festzuhaltenden guten Glaubens und der pflichtmäßigen Berücksichtigung des Interesses des Mit-Contrahenten zurückzuführen ist, wie denn hievon eine entsprechende Anwendung auch in anderen Fällen gemacht wird, z. B. da, wo es sich um die bei der kaufmännischen Correspondenz zu beachtende Diligenz in der Ertheilung baldiger und vollständiger Benachrichtigung handelt.

pag. 16. Ist es somit die vorbesprochene allgemeinere Grundlage, auf welcher Fragen, wie die hier in Rede stehende, zu entscheiden sind, so müssen auch in dem vorliegenden Falle die concreten Umstände in Betracht gezogen werden, und Dies führt, wie bemerkt, zu einem den klägerischen Anträgen entsprechenden Resultate. Denn

1) als die Kläger sich die Probe ausbaten, war der Zeitpunkt, an welchem sie sich über die Beschaffenheit der Waare zu erklären hatten, noch gar nicht gekommen. Nach dem Inhalte des Contractes brauchten sie nämlich die Waare nicht früher,

Digitized by Google

als innerhalb 14 Tagen nach Wiedereröffnung der Schiffahrt sich liefern zu lassen und somit hatten sie jedenfalls erst dann die Beurtheilung derselben vorzunehmen. Daß unter diesen Umständen auf Seiten des Beklagten zu der Zeit des 7/11. pag. 17. Januars noch gar keine Berechtigung bestanden hat, eine Erklärung über die Qualität zu verlangen, ergiebt sich aus dem Vorstehenden von selbst, allein es leuchtet auch ein, daß es völlig unbegründet gewesen wäre, wenn der Beklagte die Absicht der Kläger als manifestirt angenommen hätte, die in Rede stehende Verbindlichkeit anticipiren zu wollen. Hierzu kommt

2) daß die Kläger nicht nur mit keinem Worte bei dem Ersuchen um Einsendung einer Probe zu erkennen gegeben haben, daß sie sich irgend welchen Verpflichtungen in Betreff ihres Verhaltens zur Probe unterziehen, oder die letztere überhaupt als eine Stellvertreterin der Waare selbst ansehen wollten, sondern daß es auch die Wahrscheinlichkeit in hohem Grade gegen pag. 18. sich hatte, die Kläger hätten beabsichtigen können, den verhältnißmäßig doch immer sehr kleinen Inhalt der Probe-Büchse — die Kläger geben ohne Widerspruch des Beklagten das Gewicht desselben auf etwa 1 ℔ an — als den Repräsentanten einer Partei von ca. 100,000 ℔ Pottasche in 102 Fässern gelten zu lassen. Nur ein ganz allgemeines Bild der Qualität der Waare konnte durch die Probe gewährt werden.

Endlich steht

3) dem Beklagten noch der Umstand entgegen, daß eine Aeußerung der Kläger über die Probe für ihn, den Beklagten, bei Weitem nicht die Wichtigkeit hatte, welche unter anderen Verhältnissen einer Erklärung des Käufers über die Waare selbst beizulegen ist. Denn es stand weder die schließliche Erledigung pag. 19. des Geschäfts schon damals in Frage, noch auch war eine monirende oder nicht monirende Aeußerung von wesentlichem Einflusse auf das Verhalten des Beklagten. — Demselben wurde nicht etwa die Disposition über die Waare schon damals entzogen, und eben so wenig lag von den sonstigen oben hervorgehobenen Gefährdungen des Interesses des Verkäufers, welche unter Umständen eine strenge Behandlung des Käufers motiviren, irgend Etwas vor.

Digitized by Google

Der Beklagte hat noch auf die Principien des Handels „nach Probe“, so wie auch auf den Fall Bezug genommen, wenn bei einem Handel „auf Besicht“ der Käufer sich Behufs der Erklärung über die Waare eine Probe derselben geben läßt,
pag. 20. und diese, ohne Monita vorzubringen, längere Zeit behält. Ersichtlich gehört keiner dieser Fälle hieher, und ist es nicht erforderlich hierauf weiter einzugehen.

Wenn endlich der Beklagte die Behauptung aufgestellt hat, das Handelsgericht habe, wozu es nach §. 54 der Handelsgerichts-Ordnung autorisirt gewesen sei, die von ihm im vorliegenden Falle ausgegangene Behandlung der Probe auf eine von ihm, dem Handelsgerichte, als bestehend angenommene Gewohnheit gestützt, und diese letztere müsse deshalb (wenigstens reprobatione salva) als wirklich existirend angesehen werden, so steht dem schon der Umstand entgegen, daß der §. 54 offenbar nur speciell Bremische Handelsgewohnheiten im Auge hat, während das Han-
pag. 21. delsgericht hier von einer allgemeinen handelsrechtlichen Auffassung redet. Abgesehen aber hievon ist im Handelsgerichtserkenntnisse gar keine eigentliche Handelsgewohnheit bezeugt, sondern nur erklärt, wie Kaufleute im Verhältnisse zu Demjenigen, was sonst aus der Theorie des Rechts folge, das längere Stillschweigen auf zugeschickt erhaltene Proben, ungeachtet Veranlassung zu Monituren vorhanden sei, aufzufassen geneigt seien, oder aufzufassen pflegten. Dies liegt in dem gebrauchten Ausdrucke „kaufmännische Auffassung“; besonders wenn man damit verbindet, daß in demselben Satze hinsichtlich der Wirkungen des stillschweigenden längeren Behaltens der zugesendeten Waare selbst, von einem allgemeinen Handelsgebrauche geredet wird. Ueberdies
pag. 22. kommt hier selbstverständlich Alles auf die concreten Umstände an, und unmöglich hätte es die Meinung des Handelsgerichts sein können, es existire eine Handelsgewohnheit, welche unter allen Umständen die Zusendung einer Probe derjenigen der gekauften Waare selbst gleichstelle.

Der hier zuletzt angeführte Grund macht es denn auch unthunlich, dem Beklagten, seinem eventuellen Verlangen gemäß, einen Beweis des von ihm selbst behaupteten gewohnheitsrechtlichen

Digitized by Google

Satzes nachzulaſſen, zumal da der Beklagte ein wahres Gewohnheitsrecht gar nicht behauptet hat.

Somit mußte, ohne daß es erforderlich geweſen wäre, auf die eventuell reviviscirenden Beſchwerden der Kläger zweiter pag. 23
Inſtanz einzugehen, confirmatoriſch unter Verurtheilung des Beklagten in die Koſten dieſer Inſtanz geſprochen werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretarius.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Alt- und Jungmeiſter des Zimmer-Amtes zu Bremen, Kläger jetzt Appellanten, gegen des Zimmermeiſters Arend Poppe Wittwe daſelbſt, Beklagte jetzt Appellatin, betreffend Uebertretung der Special-Statuten des genannten Amtes;

da aus den dem Erkenntniſſe des Gewerbegerichts vom 21. Mai 1856 beigefügten Entſcheidungsgründen die daſelbſt dem klägeriſchen Amte gemachte Beweisauflage als nicht zu deſſen Beſchwerung gereichend anzuſehen iſt, und es ſomit keines Eingehens darauf bedarf, ob nicht, wie vom Obergerichte angenommen worden, noch weiter zu Gunſten der Beklagten zu erkennen geweſen wäre; ſo erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß zwar die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache ſelbſt aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanſeſtadt Bremen vom 2. Februar 1857, wie hiemit geſchieht, unter Verurtheilung der Kläger in die Koſten dieſer Inſtanz, zu beſtätigen ſei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Gewerbegericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 24. September 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (gez.) **J. Bremer,**

Secretarius.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Alt- und Jungmeiſter des Schneider-Amts zu Bremen, Kläger jetzt Appellanten, wider Barkhauſen & Menke daſelbſt, Beklagte jetzt Appellaten, wegen Eingriffs in die Gerechtſame des Schneider-Amts, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, wie hiemit geſchieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanſeſtadt Bremen vom 16. Juni 1856 wieder aufzuheben, und das Urtheil des Gewerbegerichts vom 2. April 1856 mit dem vor „unterſagt ſein“ einzuſchaltenden Zuſatze:

„durch feilen Verkauf ſolcher fertiger neuer Kleidungsſtücke für Frauen, welche Schneider-Arbeit ſind,“

unter Compenſation der Koſten dieſer und der vorigen Inſtanz, wieder herzuſtellen ſei;

und wird nunmehr die Sache an das Gewerbegericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 30. October 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzliſt,
loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Ungeachtet der von dem Ober-Appellationsgerichte selbst
pag. 2. desfalls in der Rechtssache des Bremer Tischler-Amts c. Oeste vom Jahre 1838, wennschon nur nebenher, angeregten Bedenken hat dasselbe durch die, auch an neu beigebrachten Materialien reiche und umfassende Ausführung der Sent. a qua bei näherer Erwägung sich gleichwohl nicht bewogen finden können, in Betreff der Frage, ob der feile Verkauf fertiger neuer Kleidungsstücke in der Maaßen ein ausschließliches Vorrecht des klägerischen Amts bilde, daß derselbe, selbst wenn solche von Bremer Schneidermeistern angefertigt wären, den Mitgliedern des Krameramts nicht gestattet sei, sondern Strafverboten als Eingriff in die klägerischen Amtsgerechtsame unterliege, von der einer so ausgedehnten Privilegirung des Bremer-Schneider-
pag. 3. Amts günstigen Ansicht zurückzutreten, welche in späteren zu hiesiger Cognition gelangten Rechtssachen dieser Art, namentlich in dem erst kürzlich allhier entschiedenen Prozesse des Schneider-Amts c. Duisenberg & Wilhelms vom J. 1856, wenn auch nicht directe Anerkennung in Form eines wahren Präjudicats gefunden, doch den Ausgangspunkt und die Grundlage der diesseitigen Entscheidungen gebildet hat.

Denn indem

1) für die Zeit vor der französischen Occupation Bremens zunächst,

a. weder das Stillschweigen der ohnehin aus sehr alter Zeit herrührenden Rolle des Schneider-Amts über die demselben in Bezug auf Kleiderhandel, sei es überhaupt oder exclusiv, zuständigen Rechte, noch der Mangel an Beschwerden
pag. 4. und Proclamen, welche sich hierauf bezogen hätten, irgend etwas

Digitized by Google

zu Ungunsten des klägerischen Amtes und gegen die Zuständigkeit des von demselben angesprochenen Rechts zu beweisen vermag, so lange nicht constirt, ob schon damals eine solche Feilhaltung fertig gearbeiteter Kleidungsstücke überhaupt vorgekommen sei, und insbesondere auch Seitens der Genossen des Kramer-Amts stattgefunden habe; nicht minder

b. nur unter der letzteren Voraussetzung aus dem, allerdings bloß gegen Arbeit von Pfuschern und Fremden gerichteten Inhalte des in extenso den Entscheidungsgründen der Sent. a qua inserirten Proclams vom 20. Juni 1641 sich die Schlußfolgerung, daß der Handel mit solchen fertigen Kleidungsstücken, wenn nur von Bremer Amtsmeistern verfertigt, damals frei und den pag. 5. letzteren nicht ausschließlich zuständig gewesen, einigermaaßen rechtfertigen, wenn schon selbst dann noch immer nicht mit voller Sicherheit ziehen lassen würde; endlich auch

c. das Conclusum der s. g. Wittheit vom 6. Juli 1781, weil nur zu Gunsten der Supplicanten, und nicht einmal aller Trödler ergangen, nicht bloß es zweifelhaft läßt, ob damit als allgemeines Princip habe ausgesprochen werden sollen, daß der Verkauf „neuer von hiesigen Amtsmeistern verfertigter Kleider“ allgemein freigegeben und so auch den Krameramts-Genossen untersagt sei, sondern selbst wenn so gemeint und zu verstehen, als einzeln stehender Bescheid oder Rechtsspruch einen ausreichenden Beweis über das, was damals Rechtens gewesen, nicht zu geben pag. 6. vermöchte; so bleibt immer für die Entscheidung der oben gedachten Frage

2) dies der Hauptpunkt, was Sinn und Bedeutung der nach Beendigung der Französischen Herrschaft in Bremen auf Grund der wiederhergestellten früheren Zunftverfassung „ergangenen obrigkeitlichen Bekanntmachung“ (wie die Ueberschrift des den Acten beiliegenden Separat-Abdruckes lautet) oder (wie es in der Gesetzsammlung heißt) „erneuerten Verordnung“ vom 11. resp. 14. Novbr. 1814 sei.

Nun gewinnt es zwar

a. nach dieser Bezeichnung wie durch den Inhalt der Verordnung, insbesondere durch die darin beliebte Verweisung auf

Digitized by Google

das obige Proclam vom 20. Juni 1641, einigen Anſchein, und was das Obergericht über Veranlaſſung und Abfaſſung der
pag. 7. Verordnung aus den Archival-Acten mitgetheilt hat, unterſtützt die Annahme, daß es dabei, wie überhaupt auf Sicherſtellung des Schneider-Amts für ſeine hergebrachten Gerechtſame, ſo zumeiſt auf ein Verbot gegen Pfuſcher- und fremde Arbeit abgeſehen geweſen ſei. Allein nicht bloß, daß

b. hieraus die Folgerung, es habe der feile Verkauf ſolcher fertigen Kleidungsſtücke, welche von Bremer Schneidermeiſtern gefertigt wären, als Jedermann erlaubt gelten und freigegeben werden ſollen, nur von dem Seitens des Obergerichts eingenommenen, nach dem Obigen aber nicht zutreffenden Standpunkte aus, daß für die frühere Zeit die Nichtzuſtändigkeit der vom Schneider-Amte jetzt angeſprochenen Excluſiv-Berechtigung zum
pag. 8. Kleider-Verkauf klar vorliege, mit einiger Sicherheit ſich ziehen ließe, ſo findet auch

c. weder die Conjectur des Obergerichts, es ſei in dem Satze der Verordnung: „ſo wie des feilen Verkaufs fertig gearbeiteter neuer Kleidungsſtücke . . . gänzlich zu enthalten“ vor den Worten „fertig gearbeiteter“ zu ſubintelligiren: „von ihnen“ scil den nicht zum Schneider-Amte gehörigen, alſo als Pfuſcher zu behandelnden Perſonen, in der Seitens des Schneider-Amts eingereichten Beſchwerde-Vorſtellung eine Unterſtützung, noch auch weiſet der Zuſatz: „wenigſtens nicht vom Amte“ welcher in dieſer Eingabe der Bitte, zu verordnen, daß

> „auch keine neue auswärts verfertigte Kleidungsſtücke hier öffentlich verkauft werden ſollen,“

pag. 9. von der Hand der Concipienten nachträglich durch Zwiſchenſchreiben über der Zeile beigefügt iſt, und ſowohl dem Sinne nach, als nach der jetzt beigebrachten Archival-Abſchrift der ganzen Vorſtellung.

nicht füglich hinter „Kleidungsſtücke,“ wie die Sent. a qua geneigt iſt, ſeine Stelle finden kann, ſondern nur als eine erklärende und beſchränkende Appoſition zu „auswärts“ ſich darſtellt, irgend in verläßlicher Weiſe darauf hin, daß das Schneider-Amt ſelbſt

Digitized by Google

nicht weiter, als für die von Auswärts eingebrachten fertigen Kleider oder für eigentliche Pfuscher-Arbeit ein Verbot des feilen Verkaufs nach Inhalt seiner Privilegien fordern zu können und beantragen zu dürfen gemeint habe, indem es an sich wohl denkbar ist, daß dasselbe in Erwägung der Schwierigkeiten und pag. 10.
Unzuträglichkeiten, welche plötzliche Rückkehr von der während der Französischen Occupation bestandenen völligen Handels- und Gewerbe-Freiheit zu der vollen Strenge der zünftigen Bann-Gerechtsame und zu unbeschränkter Herstellung der früheren Exklusiv-Privilegien nicht minder aus Besorgniß, es könnte dazu der Senat trotz Unzweifelhaftigkeit der letzteren aus polizeilich-administrativen Rücksichten nicht geneigt sein, nur gegen denselben seine Bereitwilligkeit hätte zu erkennen geben wollen, auch mit einem derartigen beschränkteren Verbote des feilen Verkaufs fertiger Kleider, wenn nöthig, sich begnügen zu lassen.

Wie indessen dem sein möge, jedenfalls können alle diese pag. 11.
und ähnliche Zweifel, Vermuthungen und Folgerungen nur geringes, wenn überhaupt welches Gewicht haben,

d. bei dem klaren und ganz generellen Wortlaute der Verordnung. Nicht bloß in ihrem referirenden Eingange hat dieselbe, und zwar unter genauem Anschlusse an die Vorstellung des Schneider-Amts, welches bei Darstellung seiner üblen, ein abhülfliches Einschreiten der Obrigkeit erheischenden Lage, ohne irgend welche Beschränkung klagend hervorhebt, daß von den „Mitbürgern fertige neue Kleidungsstücke zum Verkauf ausgeboten und sogar vor den Thüren ausgehangen würden," diese letztere Beschwerde von der über die Pfuscherei getrennt und dabei als einen, jeglichen feilen Verkauf und alle Arten fertiger neuer Kleidungsstücke umfassenden Antrag behandelt, sondern auch in dem eigentlichen pag. 12.
decisiven Theile, welcher mit der Erklärung beginnt, daß Alles, worüber das Schneider- Amt sich beschwert habe, dessen „wohlerworbenen Rechten zuwider" sei, ist neben dem Verbote, welches in Betreff aller „Schneider-Arbeiten," d. h. „in Bezug auf Anfertigung an alle und jede, zum hiesigen Schneider-Amt nicht gehörige Personen beiderlei Geschlechts" erging, „ebenso unbedingt und unbeschränkt noch außerdem erklärt, daß sich die-

Digitized by Google

selben des feilen Verkaufs fertig gearbeiteter neuer Kleidungsstücke hieselbst gänzlich zu enthalten" hätten. Von großen Gewicht ist dabei, daß diese von dem Obergerichte selbst als entscheidend bezeichneten Worte nach dessen eigener auf Einsicht der Protocolle
pag. 13. der s. g. Wittheit beruhenden Mittheilung einen erst bei der Berathung über den vom Senator Büsing vorgelegten Entwurf und bei der definitiven Schlußfassung beigefügten Zusatz bilden. Denn mag diese anfängliche Nichtberücksichtigung der Verkaufsfrage darin ihren Grund haben, daß Senator Büsing die Eingabe des Schneider-Amts nur als Bitte „um Erlassung eines Proclams gleich dem von 1641," welches allerdings lediglich die Pfuscherarbeit, insbesondere die der Wollnätherinnen betraf, seinerseits aufgefaßt hatte, oder daß er durch diese dem Protocolle vom 8. October 1814 zu Grunde gelegte Auffassung sich in Betreff des den Morgensprachsherren ertheilten Commissorii „ein zweckmäßiges Proclam in Vorschlag zu bringen" gebunden erachtete, oder mag auch die Ueberzeugung, daß dem Schneider-Amte in
pag. 14. Bezug auf feilen Verkauf fertiger neuer Kleider keinerlei Privilegium zustehe, oder mindestens ein Zweifel, ob auch dies zu dessen wohlerworbenem Rechte zu zählen sei, bei Concipirung des Entwurfs dahin geführt haben, daß das Proclam auf Verbot „aller Schneider-Arbeiten" anfangs beschränkt blieb, immer zeigt diese nachträgliche Erwägung des Entwurfs, daß das von dem Schneider-Amte erbetene Verbot auch des Verkaufs fertiger Kleidungsstücke Gegenstand eingehender Erwägung wurde, und indem hierbei trotz dem, daß die Bitte nur in Betreff der „auswärts, wenigstens nicht vom Amte" verfertigten Kleidungsstücke gestellt war, solcher Verkauf „Allen und Jeden" außer den Mitgliedern des Schneider-Amts und „gänzlich" untersagt wurde, muß man auch davon
pag. 15. ausgehen, daß derselbe als ein dem Schneider-Amte ausschließlich zustehendes Recht anerkannt werden sollte, sei es, daß solcher im Hinblick auf die in früherer Zeit schon begründeten, „wohlerworbenen Rechte" des Amts geschah, oder daß der Senat, welcher nach damals bestehender Stadt- und Zunft-Verfassung auch für sich allein zu Feststellung und Erweiterung der Gewerbs-Befugnisse im Stande war, bei dieser Veranlassung den Schneidern

Digitized by Google

ein neues Privilegium habe ertheilen, oder Zweifeln und Streitigkeiten über deren hergebrachten Gerechtsame begegnen wollen.

Dieser auf den Wortlaut der Verordnung gegründeten und mit ihrer Entstehungsgeschichte durchaus vereinbarlichen Auffassung jenes Verbots entspricht denn auch, und dient zu einer weiteren Unterstützung

3) die in der Sent. a qua näher und vollständig für den mehr als 40jährigen Zeitraum seit Erlaß jener Verordnung dargelegte Judicatur der in Bremen mit der Entscheidung von Gewerbs-Streitigkeiten früher resp. jetzt betrauten Gerichte. pag. 16.

Daß diese Entscheidungen nicht zum Beweise einer consuetudo derogatoria oder zur Begründung eines für alle Zukunft die Gerichte bindenden Gerichtsgebrauches genügen könnten, wird allerdings anzuerkennen sein und von dem Standpunkte der Sent. a qua aus, daß nämlich, wenn nicht der Wortlaut, doch der klar erkennbare Zweck und Sinn der Verordnung eben so wie das ältere Recht den Ansprüchen des klagenden Amts entgegenstehe, würde es kein Bedenken haben, jene Erkenntnisse als auf pag. 17. irriger Auslegung eines Gesetzes beruhend bei Seite zu setzen. Allein eine interpretatio usualis giebt sich darin unzweifelhaft kund, und bei solcher stehen zu bleiben erscheint um so mehr gerechtfertigt, weil einerseits der Umstand, daß für die ersten 4 Jahre nach Erlaß jener Verordnung kein Präjudicat sich hat ermitteln lassen aus dem Mangel jeglichen Eingriffs in die klägerischen Gerechtsame und aus der allgemeinen Ueberzeugung von der Zuständigkeit des exclusiven Verkaufsrechts sich mindestens eben so gut und leicht erklärt, als aus der Annahme, es habe damals das Amt selbst in der Verordnung ein allgemeines Verbot nicht gefunden, weil andererseits zu einem nicht geringen Theile die dem Amte günstigen Rechtssprüche erster Instanz von dem Concipienten gedachter Verordnung, Senator Büsing, pag 18. oder anderen Mitgliedern des Senats ausgegangen sind, welche muthmaaßlich an den Berathungen über jene Verordnung noch Theil genommen hatten, und daher wohl von den dabei leitend gewesenen Ansichten und Intentionen eigene verläßliche Kunde haben konnten, weil endlich die jetzt speciell und direct obwaltende

Digitized by Google

Streitfrage zwar nicht immer den eigentlichen Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung bildete, aber doch fast allen Ansprüchen die Ansicht, es sei der feile Verkauf fertiger Kleidungsstücke ein allgemeines Recht des Schneider-Amts unverkennbar zu Grunde liegt, und in nicht weniger als 9 Fällen entweder ausdrücklich, daß es keinen Unterschied mache, ob die verkauften oder ausgebotenen Kleidungsstücke von Bremer-Amtsmeistern
pag. 19. gefertigt seien oder nicht, ausgesprochen oder dadurch anerkannt worden ist, daß bald trotz dem Einwande, es sei ersteres der Fall, Condemnation erfolgte, bald die verlangte Auflage eines Beweises über die entweder durch Pfuscher oder auswärts erfolgte Anfertigung der feilgebotenen Kleidungsstücke versagt wurde.

vgl. Erk. der Morgensprache in S. c. Wienken vom Juni 1819.
d. d. in S. c. Bockelmann vom Mai 1834.
d. d. in S. c. Gebr. Heuzenröder vom Mai 1841.
O. A. Ger. Act. [3] p. 40. 42. 45. und [8] p. 3.
d. d. in S. c. Bosse vom Mai 1841.
d. d. in S. c. Schönhütte vom October 1845.
O. A. Ger. Act. [7] p. 7. [10] p. 6.
pag. 20. d. d. in S. c. Deichmann vom J. 1845.
Erk. des Gewerbe Ger. in S. c. Waltjen vom Febr. 1851.
d. d. in S. c. Bosselmann vom Januar 1855.
d. d. in S. c. Böning vom November 1854.
O. A. Ger. Act. [3] p. 50. 52. 54. 55.

Diesem allen tritt

4) hinzu, daß der § 11 der von Senatswegen bestätigten Specialstatuten des Schneider-Amts vom J. 1852 eben so allgemein, als es in der Verordnung von 1814 geschehen ist, erklärt, es sei außerhalb Freimarkts „Niemandem, der nicht Schneidermeister ist, gestattet, fertige Schneider-Arbeit zu verkaufen.“ Denn das O. A. Gericht muß, auch nach Einsicht der vom Appellaten jetzt beigebrachten bürgerschaftlichen Ver-
pag. 21. handlungen über die Gewerbe-Ordnung vom J. 1850 und aller appellatischer Seits gegenwärtig erhobenen Argumentationen

ungeachtet, bei der im Erkenntniße vom 20. Mai 1856 in S. des Schneider-Amts c. Duisenberg & Wilhelms näher ausgeführten Ansicht beharren, daß in der Bestätigung des § 11 der Special-Statuten ein Zeugniß des Senats dafür vorliege, daß das hier fragliche Privilegium zu den im § 8 der Gewerbe-Ordnung vom J. 1850 überhaupt bestätigten „bisherigen Rechten" des Schneider-Amts gehöre.

Indem nun auch

5) alle diejenigen Bedenken, welche dafür erhoben sind resp. sich geltend machen ließen, daß ein solches Verkaufs-Privilegium, wie das Schneider-Amt anspreche, mit derzeitigem Stande und Bedürfnisse des Verkehrs nicht vereinbar sei und zu Umgehungen pag. 22.
des Verbots wie sonstigen Unzuträglichkeiten führen müsse, nur für die Frage von Erheblichkeit sein können, ob auf legislativem Wege hierin, wie überhaupt in Bezug auf Gewerbs- und Zunftwesen, eine Aenderung des dermalen bestehenden Rechtes herbeizuführen, räthlich oder nothwendig sei, hat das O. A. Gericht sich zur Aufhebung der mit allen bisherigen gerichtlichen Entscheidungen der hier obwaltenden Streitfrage in Gegensatz tretenden Sent. a qua und zur Herstellung des vom Gewerbegericht ergangenen Urtheils erster Instanz bewogen finden müssen. Wie überhaupt die darin erfolgte Condemnation der Bekl. gerechtfertigt erscheint, kann auch die Strafe von 10 ℛ, unter welcher das Gewerbegericht jeden weiteren Eingriff in die klägerischen Gerechtsame pag. 23.
verboten hat, über welche in voriger Instanz Bekl. mittelst ihres jetzt reviviscirenden 3ten Gravamen sich beschwert haben, für zu hoch gegriffen nach Lage der Sache nicht erachtet werden, und ist es nur für angemessen erachtet worden, durch den dem Decisum eingefügten Zusatz das Verbot ferneren feilen Verkaufs der concreten Sachlage mehr anzuschließen und auf solche Kleidungsstücke zu beschränken, welche wie vorliegend unzweifelhaft und unbestritten ist, zur eigentlichen Schneider-Arbeit gehören.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
loco Secretarii.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen C. Woltmann zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Gebrüder Focke daselbst, Kläger jetzt Appellaten, einen Roggenhandel betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 8. December vor. Js., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 16. November 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

Das Obergericht hat die von dem Beklagten in den beiden vorigen Instanzen dem Anspruche der Kläger entgegengesetzten
pag. 2. Einwendungen unter folgenden drei Gesichtspunkten zusammengefaßt:

1) Beklagter habe die ganze Roggenladung des Schiffes Ernestine, also eine species gekauft und daher einen Anspruch auf vollständige Lieferung derselben;

2) Er sei wegen mangelhafter Qualität des Roggens zu dessen Refüsirung berechtigt gewesen, und

3) In dem Contracte sei Bremerhaven als Lieferungsort bestimmt und er habe daher nicht verurtheilt werden dürfen, die jetzt in Bremen lagernden ca. 42 Last Roggen zu empfangen und die durch den Transport dahin entstandenen Unkosten zu ersetzen.

Dasselbe verwirft den Einwand unter 1, als mit dem klaren Inhalte des Contracts

pag. 3. in Widerspruch stehend, den unter 2 als bereits rechtskräftig erledigt, den unter 3, endlich als der Sachlage nach unbegründet.

Dagegen, daß mit dieser Zusammenfassung das Vertheidigungsmaterial erschöpft sei, ist — abgesehen von Einem später hervorzuhebenden Punkte — beklagtischerseits Nichts eingewendet, wie denn auch in der That das Wesentliche der beklagtischen Vertheidigung darin enthalten ist. Das Ober-Appellations-Gericht mußte aber auch in materieller Beziehung der obergerichtlichen Beurtheilung beitreten und es für genügend erachten unter allgemeiner Verweisung auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse, nur noch über

Digitized by Google

den in gegenwärtiger Instanz gegen dieselben vorgebrachten Einwendungen sich zu äußern.

Beklagter ist pag. 4.

A. zunächst auf den oben unter 1 hervorgehobenen Einwand, daß die ganze Roggenladung der Ernestine Gegenstand des Kaufes gewesen, zurückgekommen. Er muß indeß selbst zugeben, daß sich aus den Worten des Lieferungsvertrages:

„ca. 42 Last gesunden 118℔digen amerikanischen Roggen,
„mit dem Schiffe Ernestine — — — von New-Orleans
„abgeladen",

die von ihm behauptete Vertragsabsicht nicht ergiebt, und glaubt nur, daß dieselbe aus sonstigen Momenten zu entnehmen, oder ihm doch deren Beweis nachgelassen sei. In dieser Beziehung beruft er sich

a. auf das Wort „circa", welches gerade dann gebraucht zu werden pflege, wenn der Verkäufer die ganze auf dem Schiffe pag. 5.
befindliche Lastenzahl zum Gegenstande der Lieferung machen, aber gegen ein sich ergebendes Untermaß sichergestellt sein wolle. Allein es ist klar, daß der fragliche Zusatz ebensogut wie aus diesem, auch aus einem anderen faktischen Anlasse hervorgegangen sein kann. Jedenfalls gereicht bei Verträgen der vorliegenden Art der durch das Wort „circa" gewährte Spielraum lediglich zu Gunsten des Verkäufers. Der Käufer kann sich — die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare vorausgesetzt — der Annahme nicht entziehen, wenn das ihm angebotene Quantum — was vorliegend nicht in Zweifel gezogen wird — innerhalb der durch den Zusatz „circa" gezogenen Gränzen sich hält. Wenn Beklagter noch hinzufügt, die Contrahenten hätten sehr wohl gewußt, daß die ganze Ladung der Ernestine Gegenstand des pag. 6.
Kaufs gewesen, und zwar die Verkäufer um so mehr, da sie die ganze Ladung dem Käufer zum Verkaufe angeboten hätten,

O. A. Ger. Act. [1] p. 8.

so ist dies Vorbringen — abgesehen von der Frage, ob es nicht als unzulässiges novum zu behandeln — viel zu vag und unsubstantiirt, als daß es dem bestimmten Wortlaute des schrift-

Digitized by Google

lichen Vertrages gegenüber Beachtung finden und dem Beklagten ein Beweis darüber nachgelassen werden könnte. Beklagter hebt

b. hervor, daß die Ernestine nur überhaupt eine Ladung von 44 Last gehabt, und kein vernünftiger Grund denkbar sei, weshalb die Verkäufer nur 42 Last hiervon an Einen Käufer verkauft haben sollten. Es ist jedoch zunächst diese Behauptung

pag. 7. in facto neu. In voriger Instanz hatte Beklagter noch ausdrücklich bemerkt, es sei unbekannt, wie groß der in Bremerhaven zurückgebliebene Theil der Roggenladung der Ernestine sei.

Oberger. Act. [6] p. 14.

Kläger ihrerseits haben denn auch jener Angabe widersprochen und die gesammte Roggenladung der Ernestine auf 49 Last angegeben.

O. A. Ger. Act. [11] p. 6 oben.

Sodann aber werde daraus, daß Kläger bei dem Vertragsabschlusse davon ausgegangen, die Ladung der Ernestine betrage nur ca. 42 Last, und sie seien daher in der Lage, die Abnahme dieser ganzen Ladung vom Beklagten fordern zu können, diesem Letzteren noch immer nicht ein Recht auf Lieferung dieser ganzen

pag. 8. Ladung erwachsen sein. Wenn Beklagter

c. darauf sich beruft, daß in dem zum schriftlichen Contracte verwendeten Formular der Passus:

„sowie wenn derselbe theilweise beschädigt geliefert werden „sollte, nur der gesunde Theil im Verhältniß der Größe der „Ladung abgeliefert wird",

durchstrichen worden ist, so weis't das, wie Kläger ganz richtig bemerken, grade darauf hin, daß nicht die ganze Ladung als Object des Kaufs gedacht wurde, und

d. das dem Käufer vorbehaltene Wahlrecht, vom Kaufe zurückzutreten, wenn der Roggen nicht mindestens 115pfündig sei, ist für die Frage, ob die ganze Ladung oder aus derselben eine gewisse erst noch zu specialisirende Quantität gekauft sei, ganz irrelevant. Es bleibt hiernach nur noch

pag. 9. e. das Argument des Beklagten übrig, daß ihm bei Ankunft der Ernestine „die ganze Ladung angestellt" worden. Dieser

Digitized by Google

ogenannten Anstellung aber muß, wie unter B. zu zeigen, jede Relevanz abgesprochen werden.

Beklagter hat eventuell

B. behauptet und zu begründen versucht, daß Kläger jedenfalls durch die erste (in Bremerhaven erfolgte) „Anstellung" der ganzen Ladung oder wenigstens eines größeren Theils derselben, als jetzt im Processe begriffen, sich des Rechts begeben hätten, später beliebig einen Theil der bereits zur Empfangnahme angestellten Waare wegzunehmen und so eine mehr als 115pfündige Waare zu liefern. — Dies ist der Einwand, über dessen Ignorirung von Seiten der vorigen Richter Beklagter Beschwerde führt,

O. A. Ger. Act. [1] p. 11.

und der in der That eine specielle Widerlegung in den Entschei- pag. 10.
dungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse nicht gefunden hat. Eine Verletzung des Beklagten liegt jedoch hierin nicht. Es kann

1) dahin gestellt bleiben, ob der fragliche Einwand, der in voriger Instanz bereits in gleicher Weise vorgebracht worden ist,

O. Ger. Act. [6] p. 24. 26. 30. 31.

als verspätet — wie dies die Kläger verlangen — zu behandeln sei, indem derselbe jedenfalls

2) als unbegründet verworfen werden muß.

a. Die nächste Bedeutung, die jenem Einwande, nach Maßgabe der Ausführungen des Beklagten, beigelegt werden zu müssen scheint, ist die: daß, wenn die Kläger auch nicht durch den abgeschlossenen Vertrag zur Lieferung der ganzen auf der Ernestine vorhandenen Roggenladung verpflichtet gewesen seien, pag. 11.
diese ganze Ladung doch jedenfalls durch die in Bremerhaven erfolgte „Anstellung" Gegenstand der vertragsmäßig zu prästirenden Lieferung geworden sei. Dies bedarf jedoch kaum einer Widerlegung. Es ist vom Beklagten weder behauptet, daß und welchergestalt Kläger bei der sogenannten „Anstellung" in Bremerhaven ihre Absicht zu erkennen gegeben, statt der schuldigen ca. 42 Last Roggen aus der Ernestine die ganze Roggenladung dieser Letzteren zu liefern, noch daß er — der Beklagte — sein

Einverständniß hiermit erklärt habe, während doch hier — wo es sich nicht um eine sogenannte Ausscheidung des vertragsmäßig zu liefernden Quantums aus einem größeren Vorrathe, sondern
pag. 12. um eine Veränderung des Vertragsobjects fragt — eine deshalbige Willensübereinstimmung beider Theile unentbehrlich gewesen sein würde.

b. Einzelnen Andeutungen zufolge scheint Beklagter mit dem fraglichen Einwande allerdings noch einen anderen Sinn zu verbinden: den nämlich, als sei für seine Empfangpflicht das Resultat der in Bremerhaven vorgenommenen Prüfung des Inhalts einzelner indistincte aus der ganzen Roggenladung der Ernestine und nicht aus einem vorher ausgeschiedenen Quantum von ca. 42 Last genommenen Säcke entscheidend, und wären Kläger deshalb nicht berechtigt gewesen, nachträglich eine solche Ausscheidung vorzunehmen und durch Zurückbehaltung einzelner Säcke von geringem Gewicht und schlechter Qualität, sowie Zusammenschütten der übrigen
pag. 13. eine empfangbare Waare herzustellen. Allein auch so aufgefaßt, erscheint der fragliche Einwand verwerflich. Es war zunächst

α. dies Resultat der in Bremerhaven vorgenommenen Untersuchung gar nicht der Art, daß Beklagter hierin einen gegründeten Anlaß zur Refüsirung der Waare finden konnte. Das Durchschnittsgewicht des Roggens in den dort untersuchten 25 Säcken betrug noch immer über 115 Pfund, und wenn Beklagter aus der zu großen Gewichts-Differenz auf schlechte oder ungesunde Qualität schließen zu können glaubte, so berechtigte ihn dies doch nicht, die Waare — wie gleichwohl von ihm geschehen — sofort definitiv zu refüsiren, sondern er konnte darin nur einen Anlaß finden, die Prüfung der Qualität des Roggens in der
pag. 14. durch den Vertrag vorgezeichneten Weise zu begehren. Er hat aber ein solches Begehren nicht nur nicht gestellt, sondern vielmehr — ausweislich seiner eigenen Angaben in [4] der Schiedsgerichts-Acten — eine jede Betheiligung an der von den Klägern beabsichtigten anderweiten Ermittelung der Qualität des Roggens abgelehnt. Es konnte übrigens

β. selbst dann, wenn die in Bremerhaven vorgenommene

Digitized by Google

Prüfung zu Ungunſten des in den dort unterſuchten Säcken enthaltenen Roggens ausgefallen wäre, den Klägern die Befugniß nicht abgeſprochen werden, durch Zurückbehaltung von Säcken mangelhafter Qualität eine den Beſtimmungen des Vertrages entſprechende Waare herzuſtellen, und trifft ſie auch in Betreff der Art und Weiſe, wie ſie dies gethan, überall kein Vorwurf, indem ſie erſt nach der definitiven Empfangsverweigerung und pag. 15.
dadurch herbeigeführten mora des Beklagten zu einſeitigen, der Sachlage vollkommen angemeſſene Maaßnahmen geſchritten ſind.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretarius.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Friedrich Wilhelm Bödecker zu Bremen, nunmehr deſſen Wittwe und Erbin Fritze Dorothee, geb. von Griesheim, für ſich und ihre Kinder, Klägerin, jetzt Appellantin, wider Johann Engelbert Minnig aus Cöln, Beklagten, jetzt Appellaten, wegen Rücknahme erkaufter Oelgemälde, wird den Parteien von dem am 24. October erfolgten Eingange der Voracten hiedurch Anzeige gemacht, auch den Appellaten die über den Tod des urſprünglichen Klägers und wegen Reaſſumtion des Rechtsſtreits abſeiten ſeiner Erben unterm 2ten vor. Mts. allhier eingegangene appellantiſchen Erklärung nebſt Anlage hieneben abſchriftlich zur Nachricht mitgetheilt und da die Sache einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, indem

1) das Grav. 3 nach der Erklärung, es ſei formell durch Aufſtellung der beiden erſten Beſchwerden bedingt, als ein bloß conſecutives ſich darſtellt und nur für den Fall, wenn das aus einer angeblichen laesio enormis entnommene, durch das Beweis-Interlocut vom 7. April 1856

[17] Actor.

ausgeſetzte, und erſt jetzt zur Entſcheidung gezogene Fundament der klägeriſchen Anſprüche entweder ohne Weiteres für begründet zu erachten wäre, oder zum Gegenſtande eines neuen Beweisverfahrens gemacht werden ſollte, die unter Nr. 3 des Obergerichts-Erkenntniſſes vom 8. Juni d. J.

vgl. ibid. [34]

in Betreff der anderweiten Klagfundamente, ſoweit ſolche nicht ſchon durch gedachtes Interlocut verworfen waren, wegen mißlungenen Beweiſes erkannte Auflage von Schiedseiden und die für den Fall ihrer Ableiſtung ausgeſprochene Klagabweiſung vorläufig aufgehoben wiſſen, nicht aber an ſich die Richtigkeit der-

jenigen Aussprüche anfechten will, welche das Obergericht über die klägerischer Seits durch Zeugen und Sachverständige unternommenen Beweisführungen oder in Betreff der eventuell deferirten Eide, sowohl was deren Normirung, als was die Folgen ihrer Ausschwörung resp. Weigerung anbelangt, getroffen hat; hiernach denn

2) lediglich dies noch in Frage steht, ob die gleichzeitig vom Obergerichte in gedachtem Erkenntniß sub. Nr. 2. ausgesprochene Verwerfung der wegen angeblicher Verletzung über die Hälfte angestellten Klage gerechtfertigt erscheine, oder vielmehr, wie ad Grav. 1 und 2 gebeten worden, dieserhalb noch dem Kläger mindestens ein Beweis über den Werth der vom Beklagten für 400 Rt erkauften Bilder, und daß solcher weniger als 200 Rt betrage, freizulassen wäre, nun aber

a. der Sententia a qua nicht bloß in dem allgemeinen Principe, daß, wo von einem allgemein geltenden und mit Sicherheit bestimmbaren Preise nicht wohl die Rede sein kann, sei es überhaupt nach der Natur der verkauften Gegenstände, oder in Folge der concreten Umstände, die Grundsätze von der laesio enormis keine Anwendung finden könnten, sondern auch darin, daß dies hier zutreffe, um so gewisser beizutreten ist, weil ausweislich von

[29] Actor.

der Experten-Beweis zwar, daß die streitigen Bilder Originale seien, constatirt, die über deren Alter und Ursprung obwaltende Ungewißheit dagegen keineswegs gelöset hat, und mithin die Ermittelung ihres Werthes durch sachverständige Taxation, welche klägerischer Seits beantragt ist und im Allgemeinen bei Differenzen über angeblich erlittene laesio enormis für unstattnehmig allerdings sich nicht ansehen ließe, nicht bloß allen in der Individualität, subjectiven Geschmacksrichtungen und Kunstansichten, für die Werthbestimmung älterer Gemälde gegebenen Zufälligkeiten unterliegen, sondern auch jedes verläßlichen objectiven Ausgangspunktes und Maaßstabes gänzlich entbehren würde, sonach dem Richter durch solche Taxation doch kein sicherer Anhalt für das Verhältniß des so festgestellten, immer nur muthmaßlichen Werthes zu dem bezahlten Preise gegeben wäre, und in Letzterem eine

Digitized by Google

enormis laesio zu finden unmöglich fiele, mithin doch nur Abweisung der hierauf gestützten Klage übrig bliebe; unter solchen Umständen denn auch

b. sowohl die sehr bestrittene Frage, ob überhaupt aus solchem Grunde auch dem Käufer gleich wie dem Verkäufer die Anfechtung eines Kaufhandels gestattet sei, als auch dies dahin gestellt bleiben kann, ob die Argumentation, mittelst welcher das Erkenntniß vom 8. Juni 1857 die Unanwendbarkeit jenes Rescissionsgrundes auf den vorliegenden Handel motivirt hat, als zutreffend und ausreichend zu erachten wäre, und ob in der Beifügung eines pacti displicentiae, gleichviel ob solches auf Eintausch anderer Gemälde gelautet hätte, und ob nur für gewisse Zeit oder jederzeit dem Käufer ein Rücktritt freistehen sollte, eine solche wesentliche Modification des Kaufhandels sich finden ließe, welche den bedungenen Preis gar nicht mehr als sicheren Maaßstab für die Läsionsfrage erscheinen lasse oder sonst zur Unanwendbarkeit des mehrgedachten Rechtssatzes führen müßte;

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 7. September d. J. unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten jetziger Instanz, lediglich zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 19. December 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretarius.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Johann Friedrich Bockelmann zu Bremen, Liquidantens und Intervenientens, jetzt Appellantens, gegen Maximilian Edmund Heuzenröder Ehefrau, Wilhelmine, geb. Thiermann daselbst, Liquidatin und Interventin, jetzt Appellatin, ad causam des Ersteren gegen Dr. juris Hermann Gröning, als Concurs-Curator von Maximilian Edmund Heuzenröder daselbst, gleichfalls Appellaten, die Priorität von Hypotheken betreffend (app. II.), werden die resp. von dem Concurs-Curator und von dem Liquidanten am 19. und 20. November d. J. hieselbst übergebene Parition und Erklärung, resp. der Interventin und dem Liquidanten abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß auf Grund der vor der Concurs-Commission am 19. October 1857 Statt gehabten Verhandlungen, die auf die Contracte [30] und [159] act. gestützte Forderung des Intervenienten Bockelmann als liquide und in der Priorität vor derjenigen der Interventin Ehefrau Heuzenröder befindlich zu achten, und die Interventin schuldig sei, dem Intervenienten die demselben durch das Prioritätsverfahren verursachten Kosten, soweit noch nicht darüber erkannt worden, zu erstatten.

Die Kosten des Liquidationsverfahrens, wie auch diejenigen der gegenwärtigen Instanz, werden compensirt, und wird nunmehr die Sache an die Concurs-Commission zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 12. December 1857.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Aus dem von der Interventin Ehefrau Heuzenröder zu den Acten gebrachten Protocolle der Concurs-Commission vom 19. October 1857 und der Appellationsschedul vom 23. October e. a. ergiebt sich, daß sowohl der Prioritäts- als der Liquidationsstreit ihre Erledigung gefunden haben; denn die Interventin — unter Zustimmung ihres Ehemannes, des Cridars — hat erklärt, daß sie darin willige, daß

> „der Prioritätsstreit gegen den Intervenienten gänzlich aufgehoben und die vorhandene Activ-Masse — welche
pag. 3. letztere actenkundiger Maaßen schon seit längerer Zeit nur noch unter den vorgedachten Personen streitig gewesen ist — dem Intervenienten auf dessen Forderung vor der ihrigen adjudicirt werde offerendo expensas des Prioritätsstreites soweit noch nicht darüber erkannt worden."

Zwar hat der Intervenient sich in der Verhandlung vom 19. October nicht ohne Weiteres mit dem vorstehenden Antrage der Interventin einverstanden erklärt, allein bei der Appellationseinlegung gegen den von der Concurs-Commission am gedachten Tage abgegebenen, die Concurssache im Allgemeinen betreffenden Bescheid ausgesprochen, daß er

> „den Verzicht Seitens der Ehefrau Heuzenröder auf deren Verzugsrechte"

angenommen habe.

pag. 4. Nicht minder ist auch der Liquidationsstreit als erledigt anzusehen. Denn der Concurs-Curator hat im Anschlusse an die obige Erklärung der Ehefrau Heuzenröder seinerseits sich dahin vernehmen lassen:

> „er acceptire den Verzicht der Ehefrau Heuzenröder und in Ermangelung jedes weiteren Interesses, lasse er

sämmtliche dem Profitenten Bockelmann in diesem Verfahren opponirte Einreden fallen."

Nachdem die vorgedachten Verhandlungen Seitens der Interventin zur Kunde des Ober-Appellationsgerichts gebracht worden waren, mit dem Gesuche, in Gemäßheit der veränderten Sachlage das Geeignete anzuordnen, und nachdem auch der Concurs-Curator beantragt hatte, den bisher geführten Prozeß pag. 5. als nunmehr objectlos für beendigt zu erklären, kam es nur auf die Einwendungen an, welche der Intervenient einer demgemäß zu erlassenden Verfügung entgegengesetzt hatte.

Derselbe hat

1) geltend gemacht, es fehle an einer Sicherstellung der von der Interventin übernommenen, überdies noch nicht liquidirten und adjudicirten Kosten des Prioritätsprozesses. Völlig offen stehe ferner die Entscheidung über die Kosten des Liquidationsprozesses, in welche die Masse ihm gegenüber zu verurtheilen sei.

Anlangend den ersten dieser Punkte, so findet derselbe durch die ausgesprochene Verurtheilung der Interventin in die Kosten des Prioritätsverfahrens seine Erledigung. Ein Recht auf vorgängige Sicherstellung der der Interventin zur Last fallen- pag. 6. den Kosten hat Appellant nicht. Gesetzt nämlich, die Interventin hätte den Prozeß bis zu Ende geführt und wäre dann, unter Verurtheilung in die Kosten, unterlegen, so wäre in Betreff der letzteren nichts Anderes zu erkennen gewesen, als wozu die Interventin sich jetzt freiwillig erboten hat.

Was dagegen die Kosten des Liquidationsverfahrens betrifft, so mußte, selbst abgesehen von den besonderen — übrigens auf dasselbe Resultat hinführenden — Vorkommnissen der bisherigen Verhandlungen, eine Compensation derselben eintreten, da den Creditoren, der Masse gegenüber, im Allgemeinen die Pflicht zur Justification ihrer Forderungen obliegt, und mithin, wenn nicht pag. 7. etwa den Masse-Vertretern in Betreff ihres Verhaltens zu den Liquidanten ein Vorwurf gemacht werden kann, zu einer Verurtheilung der Masse in die Liquidationskosten keine Veranlassung vorliegt. Im gegenwärtigen Falle hat aber der Intervenient in

Digitized by Google

der gedachten Richtung keinerlei Beschwerden gegen den Concurs-Curator vorgebracht.

Durch diese Entscheidung über die Kosten wird zugleich das Bedenken des Intervenienten erledigt, daß er nicht wisse, bis zu welchem Belaufe der Fallit ihm ferner obligirt sein werde. Von der ihm an die Masse zustehenden Forderung ist nur der ihm aus der Ersteren resp. schon zugekommene und noch zu-
pag. 8. kommende Belauf in Abzug zu bringen, welcher nach Maaßgabe der vorstehenden Entscheidung — nicht, wie im Falle der Verurtheilung der Masse in die Kosten der Fall sein würde, um die von dem Intervenienten im Liquidationsprozesse aufgewendeten Kosten sich verringert.

Welche Kosten zu den Seitens der Ehefrau Heuzenröder zu erstattenden im Prioritätsprozesse aufgelaufenen gehören, und welche durch das Liquidationsverfahren veranlaßt sind, wird, wenn die Parteien sich hierüber nicht verständigen sollten, von der ersten Instanz zu entscheiden sein.

Der Intervenient hat seinen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens

2) darauf gestützt, daß die Interventin und der Concurs-Curator die exceptio doli, sowie auch sonstige ehrenverkleinernde Anführungen ihm gegenüber vorgebracht hätten. Er habe ein
pag. 9. Interesse und das Recht, dieses Vorbringen durch Richterspruch erledigt zu sehen.

Nun kann aber ein an sich erledigter Streit nicht deshalb fortgeführt werden, weil etwa die eine oder die andere Partei ein außerhalb des Streitgegenstandes liegendes Interesse dabei haben sollte, eine Entscheidung herbeigeführt zu sehen. Hier ist überdies – selbst abgesehen davon, daß die exceptio doli ausdrücklich zurückgenommen worden ist — jedes wirkliche Interesse zu verneinen. Sollte das erwähnte Vorbringen den Intervenienten zu rechtlichen Ansprüchen befugen, so wird ihm durch die Beendigung der Proceßverhandlungen nicht präjudicirt. Im anderen Falle würde aber auch beim Fortgange der Sache nur über diese selbst, nicht über die behauptete Verletzung des Intervenienten zu entscheiden sein.

Digitized by Google

Ob der Intervenient

3) das Recht habe, seine gesammte Forderung festgestellt zu pag. 10.
sehen, könnte, da ihm das ganze Activum der Masse zugesprochen wird, und es sich also nur um den ungedeckt bleibenden und (unter Umständen) später gegen den Cridar persönlich geltend zu machenden Theil seiner Forderung handelt, nach § 223 der Debit-Verordnung und da über diesen Punkt schwerlich auf eine den Cridar verbindende Weise hier erkannt werden könnte, zweifelhaft sein. Indessen ergiebt es sich aus den Acten, daß in keinem Falle Grund dazu vorhanden ist, das bisherige Verfahren gegen den Concurscurator fortzusetzen, da der Letztere alle gegen das Professum des Intervenienten vorgebrachten Einreden hat fallen lassen, das Professum mithin so, wie es schließlich in lite war, als von dem Concurscurator anerkannt künftig wird gelten dürfen. Auf ein Weiteres kann es pag. 11.
hier nicht ankommen.

Die Kosten der vorigen Instanz liegen, da sie compensirt sind, ohne daß der Intervenient dawider eine Beschwerde erhoben hätte, außer Betracht. Diejenigen der gegenwärtigen Instanz waren ebenfalls zu compensiren, da kein Grund dazu vorhanden ist, den Intervenienten in Folge des interventischen Erbietens zur Kostenerstattung günstiger zu behandeln, als er selbst beim völligen Obsiege gestellt gewesen sein würde.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretarius.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen C. Woltmann, jetzt des Dr. Wiederhold als provisorischen Curator concursus desselben, zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, gegen Thomas Forsyth in Southshields, Klägern jetzt Appellaten, Frachtanspruch betreffend, wird den Parteien von dem am 11. Januar d. J. erfolgten Eingange der Voracten, sowie dem Kläger von der bei Einsendung derselben abseiten des Obergerichts gemachten Anzeige, daß über das Vermögen des Beklagten unter dem 18. December v. J. der Concurs eröffnet und der Dr. Wiederhold zum provisorischen Curator bestellt worden sei, Nachricht gegeben, ihm auch die von dem Letzteren am 16. Januar eingereichte Reassumtions-Erklärung nebst Vollmacht abschriftlich mitgetheilt, und da die Sache einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 12. October 1857, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, und Appellant in die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu verurtheilen sei.

Auch wird nunmehr die Sache an die erste Instanz zurückverwiesen, und soll das Obergericht um Insinuation dieses Erkenntnisses an den Kläger ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 15. Februar 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hat die Seitens des Rhebers der Ann Roxby
pag. 2. auf Vergütung von 1260 £ Fracht und Ueberliegegelder erhobene Klage

I. dadurch gänzlich zurückzuweisen versucht, daß er die Behauptung aufgestellt hat, der Führer des genannten Schiffes, Capitain Corrigall, sei von dem ihm Behufs Entgegennahme der Ladung aufgegebenen Hafen Odessa vor Ablauf derjenigen Frist abgesegelt, bis zu deren Ende er contractlich verbunden gewesen sei, das Schiff dort zur Disposition des Befrachters bereit zu halten. Hiedurch sei der Contract klägerischer Seits gebrochen, so daß sogar er, der Beklagte, berechtigt sei, wiederklagend mit Schadensansprüchen hervorzutreten.

Eventualiter hat er

II. die Einrede der Pluspetition vorgebracht, darauf gestützt, daß der Kläger in keinem Falle mehr als den Belauf der con-
pag. 3. tractlich „for non performance of the charterparty" stipulirten penalty von 1000 £ in Anspruch nehmen könne.

Die vorigen Richter haben das gesammte Vorbringen des Beklagten verworfen und dem Klagantrage gemäß condemnatorisch auf den vollen Belauf der 1260 £ gesprochen, — dies mußte, der beklagtischen Beschwerdeführung ungeachtet, bestätigt werden. Bei der Beurtheilung der Sache war auf sämmtliche in erster Instanz von dem Beklagten geltend gemachte Momente einzugehen. Denn, wenngleich der Beklagte sie nicht alle in der gegenwärtigen Instanz speciell berührt hat, so geht doch seine erste Beschwerde dahin, daß „seine sämmtlichen Einreden" verworfen worden seien; wie er denn auch in der vorigen Instanz

Digitized by Google

auf alle vor dem Handelsgerichte vorgebrachten Ausführungen pag. 4.
ausdrücklich Bezug genommen hat.

Actor. [2] p. 15.

Ad. I. Zur Begründung der Principal-Einrede beruft sich der Beklagte auf vier verschiedene Punkte. — Capitain Corrigall, welcher unbestritten am 9. Decbr. 1856 zu Odessa bereit gewesen ist, Ladung einzunehmen, und dort bis zum 15. Januar inclusive, also im Ganzen 38 Tage gelegen hat, worauf er dann unter Protest abgesegelt ist, soll um 29 eventuell um 19, eventuell um 17, eventuell doch um 2 Tage zu früh den genannten Hafen verlassen haben. Jene 38 Tage hätten nämlich nicht ausgereicht,

1) weil Capitain Corrigall nicht berechtigt gewesen sei, die 17 Tage, während welcher er zu Constantinopel bescheinigtermaaßen auf die Aufgabe des Abladehafens habe warten müssen, pag. 5.
auf die „45 days for loading and unloading" und die „10 days of de murrage over and abowe the said lying days", welche 45 und 10, zusammen 55 Tage der Beklagte sich in der Chartepartie ausbedungen habe, in Anrechnung zu bringen.

2) Jedenfalls seien von den vorbemerkten 17 Tagen 2 Tage unsanzmäßig zu kürzen, da so viel insgemein darüber verfließe, bis der Capitain zur Empfangnahme der Ordre bei dem Correspondenten des Befrachters sich eingefunden habe.

3) Von den obengedachten 38 Tagen fielen 2 Tage aus, während welcher der Hafen zu Odessa zu Ende des Decembers mit Eis bedeckt gewesen sei, für welchen Fall in der Chartepartie die Bestimmung sich finde „detention by frost not to be rec- pag. 6.
koned as lay days."

4) Nicht nur 55, sondern 10 Tage länger, also 65 Tage habe Capitain Corrigall in Odessa verweilen müssen, weil in der Chartepartie die Clausel sich finde, daß wenn die zu liefernde Ladung mindestens zur Hälfte aus Wolle bestehen würde, die Liegezeit um „10 additional lay days" ausgedehnt werden solle.

Ad 1. Dem Beklagten steht, wenn er die Anrechnung der 17 (eventuell 15) Aufenthaltstage, welche durch seinen Verzug bei Aufgabe des Ladehafens zu Constantinopel veranlaßt worden

Digitized by Google

sind, bestreitet, schon die allgemeine Construction des vorliegenden Contractes, außerdem aber der besondere Inhalt desselben entgegen.

Es ist nämlich klar, daß es die Absicht der Parteien gewesen
pag. 7. ist, die Pflicht des Schiffers, sein Schiff für den Beklagten disponibel zu halten, durch eine bestimmte Grenze fest zu limitiren. Hierauf führt die Stipulation wegen der 10 Ueberliegetage mit Sicherheit hin. Dieselbe ändert an dem contractlichen Verhältnisse im Uebrigen Nichts, denn auch ohne diese Bestimmung hätte der Beklagte etwaige auf die vereinbarte Lade- und Löschzeit folgende Aufenthaltstage je mit 6 £ vergüten müssen. Dagegen besteht ihre Bedeutung darin, daß der Schiffer einerseits, wenn ihm nach Ablauf der 45 Tage for loading and unloading nach keine Ladung geliefert würde, nicht berechtigt sein sollte, den Beklagten als contractfällig zu behandeln, andererseits aber auch auf keinen Fall länger, als noch weitere 10 Tage
pag. 8. — im Ganzen also, (abgesehen von dem Falle einer Wolleabladung) nicht mehr als 55 Tage — aufgehalten werden dürfe.

Diese letztgedachte Bestimmung würde nun aber illusorisch werden, wenn ein von dem Beklagten veranlaßter Aufenthalt, welcher freilich nicht bei der Abladung selbst, oder zum unmittelbaren Zwecke derselben Statt gefunden, aber doch die Möglichkeit des Beginnens der Abladung nach der Convenienz des Beklagten hinausgeschoben hätte, dem Schiffer auf die mehrgedachten 55 Tage nicht zu Gute gerechnet werden sollte. — Die Aufgabe des Abladeortes ist die nothwendige Voraussetzung für die Ausführung der Abladung selbst, und mit Recht darf zu Gunsten des Klägers angenommen werden, daß in dem Wartenlassen auf jene Aufgabe zugleich ein Wartenlassen auf die Abladung liege.

pag. 9. Die vorbemerkte Auffassung wird überdies durch eine andere in der Chartepartie sich findende Bestimmung wesentlich bestärkt. Dieselbe sagt nämlich, erhalte der Schiffer zu Cork oder Falmouth wegen des Löschplatzes nicht mit umgehender Post die Ordre, wohin er zu segeln habe, so beginne der Lauf der Liegetage. — Diese Vorschrift begründet einen zuverlässigen Schluß auf die Absicht der Parteien, daß der Schiffer wegen Ordre nicht

Digitized by Google

länger zu warten haben ſolle, als unumgänglich nöthig ſei; müſſe er dennoch warten, ſo falle die Zeit in den dem Befrachter eingeräumten Zeitraum der Disponibilität des Schiffes, und der Schiffer habe, wenn letzterer im Ganzen verfloſſen ſei, die für Ueberliegetage bedungene Entſchädigung in Anſpruch zu nehmen. — Daß eine gleiche Bemerkung nicht ausdrücklich auch in Be- pag. 10.
treff der zu Conſtantinopel zu ertheilenden Ordre in den Contract aufgenommen worden iſt, findet ſeine Erklärung darin, daß ohne Zweifel beide Parteien von der Vorausſetzung ausgegangen ſind und ausgehen mußten, es werde dort ein Verzug in der Ordre-Ertheilung nicht eintreten. Denn zwiſchen der Zeit, wo die Chartepartie abgeſchloſſen wurde, dem 10. September 1856, und der Zeit, wo das damals noch auf einer Reiſe nach Neapel begriffene und demnächſt erſt dort zu entlöſchende Schiff früheſtens in Conſtantinopel eintreffen konnte, lag vorausſichtlich ein zur Ordre-Ertheilung überreichlich genügender Zeitraum. Die Annahme eines argumentum a contrario, daß nämlich die für Cork oder Falmouth getroffene Beſtimmung abſichtlich bei Conſtantinopel ausgelaſſen worden ſei, hat die Wahrſcheinlichkeit pag. 11.
im hohen Grade gegen ſich. Dies erhellt ohne Weiteres aus den ſchon dargelegten Umſtänden, und wird noch dadurch beſtärkt, daß, während der Beklagte einräumt, daß der Schiffer ohne Entſchädignng in Conſtantinopel nicht habe aufgehalten werden dürfen, es doch an einem vereinbarten Maaße der zu leiſtenden Vergütung hier dann fehlen würde, wenn die Chartepartie nicht in der oben angegebenen Weiſe aufzufaſſen ſein ſollte. Eine derartige Lücke widerſpricht aber den bei Contracten der vorliegenden Art gewöhnlichen Vorkommniſſen.

Ein freilich von dem Beklagten nicht angeregtes, aber doch bei ſeinem Widerſpruche gegen die der Chartepartie klägeriſcherſeits gegebene Auslegung nicht unerwogen zu laſſendes Bedenken pag. 12.
hätte darin beſtehen können, ob auch die vorgedachte Auslegung in Uebereinſtimmung mit denjenigen Anſichten ſtehe, welche nach engliſcher Rechtsauffaſſung hier als maaßgebend betrachtet werden müßten. Die letztgedachten Anſichten würden nämlich, ungeachtet die Parteien vor deutſchen Richtern einander gegenüberſtehen, für

Digitized by Google

den Fall einer Abweichung von der einheimischen Auslegung entscheidend sein. Der vorliegende Contract ist nicht nur in England (South-Shields) geschlossen, sondern die Contrahenten, von denen einer ein Engländer ist, haben dabei ein in England übliches, in allen seinen Theilen von englischer Geschäftsweise und englischer Rechtsauffassung zeugendes Formular zu Grunde gelegt.
pag. 13. Es unterliegt somit keinem Zweifel, daß etwaige Dunkelheiten oder Lücken des Contracts so aufgeklärt und ergänzt werden müßten, wie das englische Verständniß desselben dies erfordert hätte; wie denn auch die später zu berührende penalty-Clausel ebenfalls nur in vorgedachter Weise, nicht als civilrechtliche Conventionalstrafe, aufzufassen ist.

Nun führt aber Nichts darauf hin, daß, wenn in dem vorliegenden Falle die in der englischen Praxis befolgten Grundsätze zur Anwendung gebracht werden, eine den Anträgen des Beklagten entsprechende Auslegung des fraglichen Contractpunktes motivirt sein würde. Denn die englischen Rechtslehrer stimmen darin unter einander überein, daß, wie bei sonstigen kaufmännischen Contracten, so auch bei Chartepartieen, freilich zunächst
pag. 14. der klare Sinn der ausdrücklich getroffenen Bestimmungen entscheidend sei, daß aber, wo Bestimmungen dieser Art nicht vorliegen, auf die Absicht der Parteien, wie dieselbe nach dem gewöhnlichen Gange der betreffenden Handelsgeschäfte anzunehmen ist, gesehen werden solle,

Abbott Shee law of merchant ships (IV. 1. s. 4.) Ed. 10. S. 175,

Maude and Pollock law of merchant shipping 1853. S. 133,

oder wie

Holt system of the shipping laws. Bd. II. S. 13

sich ausdrückt, daß der Richter sich zu bestreben habe „as much as is possible to unterstand the actual intentions of the contracting parties and to give a corresponding effect to their
pag. 15. deed." Dies weicht von der Behandlungsweise, welche der deutsche Richter anzuwenden hat, nicht ab, und in Uebereinstim-

Digitized by Google

mung damit ist auch bei der obigen Argumentation in Betreff des vorliegenden Punktes verfahren worden.

Die speciell vorliegende Frage findet sich, soweit die zugänglichen Quellen reichen, bei den englischen Rechtsschriftstellern nicht besonders berührt. Denn eine scheinbar dem Beklagten günstige Aeußerung bei

Chitty commercial law (1824) Bd. III. S. 427,

daß „detention at an intermediate port" in der Regel nicht als demurrage behandelt werden dürfe, womit freilich in beschränkterer Weise

Lawes on charterparties (1813) p. 138.

übereinstimmt, — enthält nur eine ohnehin bedenkliche Generalisirung einer in einem einzelnen Falle vorgekommenen richterlichen pag. 16.
Contracts-Auslegung, bei welcher der Inhalt der zu Grunde liegenden Chartepartie und die factischen Verhältnisse wesentlich von den hier in Betracht kommenden abweichen (Marschall c. de la Torre);

Abbott Shee l. c. IV. 1. s. 4. S. 183.

wie denn auch weder Abbott (und zwar eben so wenig in der von Chitty citirten älteren Ausgabe, wie in der neuesten), noch Holt, noch Maude und Pollock, noch selbst Lawes a. a. O., des von Chitty aufgeführten Satzes als eines in der englischen Praxis allgemein angewendeten Erwähnung thun.

Dem im Vorstehenden berührten Bedenken war mithin keine Folge zu geben.

Ebensowenig konnte dem von dem Beklagten aus einem anderen Grunde abgeleiteten Widerspruche gegen die Anrechnung pag. 17.
des Constantinopel-Aufenthaltes Wirkung beigelegt werden, daß nämlich jener Aufenthalt vom Capitain Corrigall selbst dadurch verschuldet worden sei, daß er nicht sogleich nach Empfang der Mordtmann'schen Erklärung, den Abgangshafen noch nicht aufgeben zu können, den Beklagten auf telegraphischem Wege zur Namhaftmachung des betreffenden Hafens aufgefordert habe. Hiezu war der Schiffer nicht verpflichtet. Der Beklagte hatte den Consul Mordtmann zu seinem Vertreter in Constantinopel bestellt und ihn als solchen dem Schiffer aufgegeben; wenn deshalb den Um-

ständen nach es einer telegraphischen Anfrage nach Bremen bedurft hätte, so würde es die Sache des beklagtischen Vertreters
pag. 18. gewesen sein, in dieser Hinsicht das Erforderliche vorzunehmen. Den Schiffer trifft hier kein Vorwurf.

Ad 2. Von den in Constantinopel aufgewendeten 17 Tagen kommen auch nicht etwa 2 Tage wegen der von dem Beklagten geltend gemachten angeblichen „Usanz“ in Abzug, und eben so wenig ist zu der Verstattung eines Beweises an den Beklagten in Betreff dieser behaupteten Usanz Veranlassung vorhanden.

Das auf diesen Punkt bezügliche Vorbringen ist nämlich als unsubstanziirt und irrelevant zu verwerfen. Der Beklagte hat zuvörderst die Usanz nur in derjenigen Weise behauptet, daß 48 Stunden für diejenige Zeit abzurechnen seien, welche bis dahin, wo der Schiffer sich bei dem Correspondenten melde, zu verfließen pflegten. — Dies hätte allerdings dann von Bedeu-
pag. 19. tung sein können, wenn der Schiffer die Aufenthaltstage vom Zeitpunkte der Ankunft in Constantinopel bis zur Aufgabe des Ladehafens, abgesehen davon, wenn er sich bei dem beklagtischen Vertreter gemeldet habe, in Rechnung zu bringen versucht hätte. Dies ist aber im vorliegenden Falle nicht geschehen. Die 17 Tage sind vom 14. November gerechnet, an welchem sich Capitain Corrigall bereits bei dem Consul Mordtmann gemeldet hatte,

(applied to me for orders“). Abgesehen aber hievon würde es jedenfalls darauf ankommen, wo die Usanz bestehen solle, worüber in erster Instanz der Beklagte Näheres nicht vorgebracht hat. In zweiter Instanz hat er dagegen angegeben, sie bestehe
pag. 20. zu Constantinopel. Eine dort gültige Usanz würde aber für das Verständniß und die Rechtsfolgen eines im Norden Europa's, in einem Hafenplatze Englands geschlossenen Contracts wirkungslos sein. — Der Beklagte hätte behaupten und mindestens einigermaaßen bescheinigen müssen, es sei in England Usanz, daß wenn dort geschlossene Chartepartien auf Constantinopel in dem betreffenden Punkte Bezug hätten, dem Befrachter eine Conces-

Digitized by Google

sion der bezeichneten Art gewährt werde. An einem derartigen Vorbringen hat der Beklagte es aber fehlen lassen.

Hierzu kommt die schon oben hervorgehobene Clausel, zufolge welcher mit der Ertheilung der zu Cork oder Falmouth zu gebenden Ordre ohne Verzug verfahren werden sollte, und daß, wie gezeigt worden, kein Grund zu der Annahme vorhanden ist, daß die pag. 21.
Absicht der Parteien nicht auch darauf gerichtet gewesen sei, in Constantinopel ebenfalls jeden Zeitverlauf zu vermeiden. Damit stimmt endlich die dem Capitain Corrigall von dem Vertreter des Beklagten, dem Consul Mordtmann, ertheilte Bescheinigung überein, „daß er 17 Tage habe warten müssen."

Actor. [4.]

Ad. 3. Die vom Beklagten verlangte Streichung von zwei Tagen, weil an selbigen der Hafen von Odessa während der Liegezeit der Ann Roxby mit Eis bedeckt gewesen sei, hat der Kläger zunächst aus prozessualischen Gründen, weil der Beklagte dieses Moment in erster Instanz völlig unsubstanziirt gelassen habe, sodann aber auch wegen materiellen Ungrundes bestritten. pag. 22.
Die erste dieser Einwendungen kann unerörtert bleiben, da es gewiß ist, daß das beklagtische Verlangen aus materiellen Gründen verworfen werden muß. Die in Bezug genommene Clausel bezieht sich nämlich offenbar nur auf den Fall, wenn der Ablader bereit gewesen sein sollte, Ladung an Bord zu schaffen, diese Anbordschaffung aber durch Eis verhindert worden wäre. Von einer Anwendung der Clausel auf einen Fall, wo es gänzlich an einer Ladung gefehlt hat, kann gar nicht die Rede sein. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß auch die eventuelle Beschwerde des Beklagten, daß nicht dieser Punkt ad separatum verwiesen worden sei, keine Berücksichtigung finden könne.

4) Der Einwand, welchen der Beklagte aus der auf die etwanige Beladung mit Wolle bezüglichen Bestimmungen der pag. 23.
Chartepartie abgeleitet hat, ist völlig grundlos. Für einen gewissen Fall — nämlich, wenn mindestens die Hälfte der Ladung aus Wolle bestehen würde — sollten die 55 Tage noch um 10 additionelle Tage vermehrt werden. Wäre diese Voraussetzung überhaupt eingetreten, so hätte sich dies spätestens beim Ablauf

Digitized by Google

der 35 Tage zeigen müssen. Damals war aber eben so wenig Wolle, wie irgendwelche andere Ladung offerirt oder in Bereitschaft. Es war nicht einmal ein Haus in Odessa mit der Vertretung des Beklagten beauftragt.

Hiermit erledigt sich auch das letzte beklagtischerseits in der Hauptsache vorgebrachte Vertheidigungsmoment und es mußte
pag. 24. demnach mit den vorigen Richtern angenommen werden, daß der Beklagte sich eines Contractbruches schuldig gemacht habe, und folglich — abgesehen von der etwaigen Wirkung der demnächst zu berührenden penalty-Clausel — zur Vergütung desjenigen Betrages verpflichtet sei, welcher in dem Falle, wenn die Ann Roxby am letzten Tage der 10 days of demurrage mit Ladung abgefertigt worden wäre, dem Schiffer zu zahlen gewesen sein würde, nämlich die in quanto unbestrittene Fracht von 1200 £ und 60 £ für die 10 Ueberliegetage. Hieraus folgte zugleich, daß von einer Wiederklage wegen klägerischen Contractbruches — mithin auch von einer Caution wegen der Widerklage — die Rede nicht sein kann.

Ad. II. Die Einrede der Pluspetition, wie oben bemerkt
pag. 25. auf die penalty-Clausel gestützt, ist von den früheren Richtern deshalb verworfen worden, weil die Festsetzung einer Conventionalstrafe nach gemeinrechtlichen Grundsätzen den Stipulanten nicht daran verhindere, auf Erfüllung des Contractes zu klagen, oder mittelst einer Klage auf das Interesse einen den Betrag der Conventionalstrafe übersteigenden Belauf von dem contractfälligen Theile zu fordern.

Würden gemeinrechtliche Principien angewendet, so könnte über die Verwerflichkeit der beklagtischen Einrede aus den im Handelsgerichts-Erkenntnisse angeführten Gründen kein Bedenken bestehen. Da es aber, wie schon bemerkt worden, auf die englisch-rechtliche Bedeutung der penalty-Clausel ankommt, so war auf eine Prüfung der hierauf bezüglichen Grundsätze einzugehen.
pag. 26. Dies führt indessen zu demselben Ergebnisse. Die englische penalty steht nämlich in ihrer Wirksamkeit gegen diejenige der civilrechtlichen Conventionalstrafe sogar noch zurück. Denn, wie nach englischem Rechte völlig gewiß ist, so gewährt einer-

ſeits die penalty nach einem darauf bezüglichen ausdrücklichen Geſetze,

Stat. 8 u. 9, William III. c. 11. s. 8.,

Demjenigen, der ſich dieſe Clauſel ausbedingt, keine ſelbſtſtändigen materiellen Rechte, indem der Stipulant niemals auf Grundlage derſelben mehr verlangen kann, als ſein wirkliches Intereſſe; und andererſeits hindert ſie, — abgeſehen davon, wenn ſie bei gewiſſen Formal-Contracten („bonds") vorkommt —, auch nicht die Geltendmachung eines etwaigen ſich höher belaufenden Intereſſes.

Chitty l. c. Bd. III. S. 625 ff.
Abbot-Shee l. c. S. 205.
Maude and Pollock l. c. S. 140.
Holt l. c. Bd. II. p. 10/11. pag. 27.
Lawes l. c. p. 197.

Demnach waren ſämmtliche Beſchwerden des Beklagten zu verwerfen, und mußte auch wegen der Koſten, ſo wie im Erkenntniſſe geſchehen, geſprochen werden.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretarius.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Pavenstedt & Comp. zu Hamburg, Beklagter, jetzt Appellanten, gegen Louis F. Kalkmann & Comp. zu Bremen, Kläger, jetzt Apellaten, betreffend Forderung von Bco.mℳ 12,503 - 14ß, wird den Klägern die von dem beklagtischen Procurator überreichte Substitutions-Anzeige abschriftlich mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 4. Mai 1857 zu bestätigen, und Beklagte die Kosten dieser Instanz den Klägern zu erstatten schuldig seien.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 25. Februar 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben durch ihr in gegenwärtiger Instanz aufgestelltes

pag. 2. Grav. I. die Wiederherstellung des vom Handelsgerichte abgegebenen absolutorischen Erkenntnisses herbeizuführen gesucht: Ihren hierauf gerichteten Anträgen konnte indessen nicht entsprochen werden.

Für die Beurtheilung dieser wie nicht minder für diejenige der später zu berührenden 2. und 3. Beschwerde der Beklagten kam es zunächst auf eine richtige Auffassung der rechtlichen Sachlage an.

Diese war folgende.

Die Kläger haben den Beklagten in den Briefen vom 3. und 12. December 1853 den Auftrag ertheilt, gegen die Einsendung von Connossementen über von W. B. Anderson in London an die Kläger nach Bremen zu verladende ca. 3000 Säcke Reis, Tratten Anderson's bis zum Belauf von ca. 22,000 m/ß

pag. 3. Bco. (Bco.m/ß 7 • 5 ß per Sack) für ihre, der Kläger Rechnung zu acceptiren. Dieser Auftrag ist, wie außer Streit liegt, theilweise durch Entgegennahme eines Connossementes über 1210 Säcke Reis per Helida, Capt. Tainwar und entsprechende Acceptirung von Bco.m/ß 8848 • 2 ß zur Ausführung gebracht, und es handelt sich unter den Parteien nur darum, ob ein Gleiches dadurch geschehen ist, daß die Beklagten zwei andere Connossemente über 1102 Säcke per Wilhelm, Capt. Mingens und 608 Säcke per Diana, Capitain Wessels angenommen, und dagegen Anderson'sche Ziehungen bis zum Belauf von Bco.m/ß 12,503 • 14 ß honorirt haben. Die Beklagten behaupten diese Erfüllung, und bereits in dem, der gegenwärtigen Sache vorangegangenen, am 1. April 1854 bei dem Handelsgerichte

Digitized by Google

eingeleiteten (Vor-) Prozesse haben sie hierauf den Antrag ge- pag. 4.
stützt, die Kläger in den Belauf der vorbemerkten Bco.mk 12,503 • 14 ß zu verurtheilen. Die Kläger haben den Grund der vorgedachten Klage schon damals bestritten, indem der Auftrag in Betreff der beiden vorhin bezeichneten Connossemente und der dagegen validirenden Acceptsleistung nicht als gehörig erfüllt anzusehen sei; denn jene Connossemente, welche keine Unterschriften der betreffenden Capitaine getragen hätten, vielmehr das eine statt vom Capitain, mit einer nach Person und Legitimation des Unterzeichnenden völlig unaufgeklärten Namensunterschrift („for M. A. Mingens, M. Riehl") das andere sogar nur mit einer unleserlichen Namens-Chiffer („for B. Wessels") unterzeichnet gewesen sei, hätten, als mangelhafte Documente, pag. 5.
von den Beklagten nicht angenommen werden dürfen und die betreffende Acceptleistung könne mithin, als nicht dem Auftrage entsprechend, die Kläger nicht obligiren.

Das Handelsgericht hat in dem Vorprozesse aus formellen Gründen, unter Verurtheilung der Kläger zur vorläufigen Vergütung der Bco.mk 12,503 • 14 ß die damalige Einrede derselben zum besondern Verfahren verwiesen; und, auf jenen Verhandlungen und der vorbemerkten Verweisung fußend, haben die Kläger in dem gegenwärtigen Prozesse Rückzahlung der in Folge des früheren Erkenntnisses salvo jure vergüteten Bco.mk 12,503 • 14 ß sammt Zinsen verlangt. — Bei dieser Sachlage kam es gegenwärtig darauf an, ob die vorbemerkte Einrede — oder genauer das Bestreiten der klägerischen Klagbefugniß — pag. 6.
als begründet anzusehen sei. Und dies mußte, mindestens in der Maaße, wie von den vorigen Richtern geschehen, bejahet werden.

Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß der in Rede stehende Auftrag der Kläger nicht anders zu verstehen war, als daß die Beklagten das Accept nur gegen die Auslieferung solcher Connossemente leisten sollten, welche in äußerlich tadelloser Form Seitens des Anderson in Beziehung auf die fragliche Abladung ihnen offerirt würden. Dies ist nicht nur ohnehin als selbstverständlich anzunehmen, sondern die Beklagten waren auf die Nothwendigkeit eines regelmäßigen Verhaltens

Digitized by Google

noch besonders dadurch hingeführt, daß die Kläger sie in dem
pag. 7. Schreiben vom 12. December zur Anwendung „großer Vorsicht“ ausdrücklich aufgefordert hatten.

Nun kann den Klägern darin nur beigetreten werden, wenn sie behaupten, daß, abgesehen von einem etwa bestehenden abweichenden localen Handelsgebrauche — wegen welches den Beklagten Beweisführung vorbehalten worden ist — Connossemente wie die hier in Frage stehenden nicht anders als unregelmäßig und sichtbar mangelhaft anzusehen sind.

Ueber die Bedeutung des Connossementes als einer Empfangs- uud Verpflichtungs-Urkunde des Schiffers, durch welche derselbe persönlich die Gewährleistung der geschehenen Verladung übernimmt und zugleich die Rhederei bis zum Werthe von Schiff und Fracht obligirt; ferner über die hieraus sich
pag. 8. ergebende Nothwendigkeit, daß der Schiffer selbst oder doch, im Verhinderungsfalle, eine zur Vertretung desselben befugte Person unter Angabe deren rechtlicher Stellung — das Connossement unterzeichne, kann kein Zweifel bestehen, — daß danach ein mit einer bloßen Chiffer signirtes Connossement, bei welchem man dem Capitain, der dadurch verpflichtet sein soll, nicht einmal diejenige Person anzugeben im Stande ist, von welcher die Signatur vollzogen worden sei, als ein durchaus mangelhaftes angesehen werden muß, leuchtet ohne Weiteres ein. Allein auch von dem andern Falle gilt dasselbe, wenn freilich „die für den Capitain“ vollzogene Unterschrift einen Namen aufweiset, jedoch aus dem Documente nicht ersichtlich ist, wer der Namens-Inhaber
pag. 9. sei und worauf seine angebliche Vertretungsbefugniß im Verhältnisse zum Capitain beruhet habe.

Nun wenden die Beklagten ein, daß nicht selten Connossemente mit gleichen oder ähnlichen Unregelmäßigkeiten im Verkehre vorkämen und unbedenklich als Schiffer und Schiff verbindend und die Abladung beweisend, gegen Zahlungs- oder Acceptsleistungen entgegen genommen würden. Daß dieses letztere auch nur in einiger Allgemeinheit der Fall sei, wird klägerischerseits bestritten und nur Ersteres in so weit zugegeben, daß ausnahmsweise derartige Fälle sich zutrügen, daß jedoch diejenigen, welche

Digitized by

solche Connossemente annehmen, entweder anderweitige Ursache haben würden, aller Bedenken sich überhoben zu wissen, oder auch für ihre Interessen ungenügend sorgten. Jedenfalls dürfe Niemand, pag. 10.
welcher, wie hier bei den Beklagten der Fall gewesen sei, fremde Angelegenheiten zu vertreten habe, sich über dasjenige hinwegsetzen, was im Allgemeinen und ordentlicher Weise durch die Natur des Verhältnisses erfordert werde. — Hierin konnte den Klägern nur beigepflichtet werden, und, abgesehen von dem den Beklagten vorbehaltenen schon oben erwähnten Beweise, mußte, wenn nicht etwa besondere Einreden der Beklagten ein anderes Resultat motivirten, der den Beklagten ertheilte Acceptationsauftrag als ungehörig, mithin in der Rechtswirkung gar nicht ausgeführt angesehen werden, wovon dann eine weitere Folge war, daß die Weigerung der Kläger, die Acceptation als für ihre Rechnung geschehen anzuerkennen, als rechtsbegründet geachtet werden mußte. pag. 11.

Als Einreden in der angegebenen Beziehung haben nun die Beklagten geltend gemacht

1) die exceptio propriae culpae, in so fern die Kläger es an einer gehörigen Benachrichtigung der Beklagten über die Sachlage und insbesondere über die in Betreff des Anderson etwa zu hegenden Besorgnisse hätten fehlen lassen. Diese Einrede ist völlig unbegründet. Die Pflicht der Beklagten, die Connossemente nach deren äußern Erscheinung in Betreff der Regelmäßigkeit oder Unregelmäßigkeit zu prüfen, war eine von der sonstigen Sachlage völlig unabhängige. Selbst wenn sie zu keiner Besorgniß, sei es in Betreff des Anderson oder der Schiffer, Veranlassung gehabt hätten, durften sie Connossemente, wie die in Rede stehenden nicht annehmen, mußten vielmehr entweder pag. 12.
dieselben zurückweisen, oder mindestens, was auf telegraphischem Wege sehr wohl hätte geschehen können, vor der definitiven Erklärung wegen Verhaltungsmaaßregeln bei dem Kläger anfragen. — Uebrigens haben die Kläger, wie bereits angeführt worden ist, den Beklagten keine Veranlassung dazu gegeben, mit Leichtigkeit über etwa sich zeigende Bedenken hinwegzugehen, im

Digitized by Google

Gegentheil ausdrücklich zur Anwendung großer Vorsicht aufgefordert.

2) Einrede der geschehenen Annahme und der ferneren Benutzung der Connossemente Seitens der Kläger.

Diese Einrede würde rechtlich nur dann von Wirksamkeit sein, wenn in dem klägerischen Verhalten die Erklärung zu finden
pag. 13. wäre, daß die Kläger die Ausführung des den Beklagten ertheilten Auftrages als für sie verbindlich gelten lassen wollten. Dies ist indessen nicht anzunehmen. Schon mit umgehender Post haben die Kläger gegen die Nichtbeachtung der mehrerwähnten Unregelmäßigkeiten monirt und hievon sind sie auch später nicht zurückgetreten. Denn selbst in dem Schreiben vom 27. December, in welchem sie sich erboten haben, für den Gesammtbelauf der acceptirten Bco.mk 21,352 bis zum Verfall Rimesse zu machen, haben sie ausdrücklich hinzugefügt, daß dies geschehe „unter Vorbehalt aller ihrer Rechte und Ansprüche.“ — Ferner zeugt auch der frühere Proceß davon, daß von ihnen weder ein Verzicht, noch eine Genehmigung des beklagtischen Verfahrens ausgegangen ist.

Den Versuchen der Kläger, durch in London vorzunehmende
pag. 14. Schritte den Verlust, welcher durch das behauptete Nichtverladensein herbeigeführt worden, abzuwenden, oder doch zu mindern, kann eben so wenig die Wirkung beigelegt werden, daß das Verfahren der Beklagten als genehmigt anzusehen sei. Denn den Umständen nach wären die Kläger, auf deren Namen die Conossemente lauteten, und die zugleich diejenigen waren, welche mit Anderson contrahirt hatten, und für deren Rechnung die Accepte geleistet worden waren, die Einzigen, welche Legitimation zu jenen Schritten besaßen, und sich in der Lage befanden, für das Interesse der Betheiligten Sorge tragen zu können. Auch haben die Beklagten, denen die Kläger, unter gleichzeitigem Vorbehalte aller ihrer Rechte anzeigten, daß sie „natürlich alles versuchen würden die Waare gegen die Vor-
pag. 15. schüsse zu bekommen“ (Schreiben vom 27. December 1853) hiegegen nichts eingewendet.

Digitized by Google

Die Beklagten bringen

3) vor, die Einrede des fehlenden Causal-Nexus, in so fern sie behaupten, daß der Verlust, durch welchen die Kläger, deren Behauptung nach, betroffen worden, gar nicht mit derjenigen Unregelmäßigkeit der Connossemente in Verbindung stehe, welche übersehen oder als unerheblich betrachtet zu haben, ihnen zum Vorwurf gemacht werde. Den Klägern seien nämlich nicht etwa von den Capitainen oder Rhedern des Wilhelm oder der Diana Schwierigkeiten wegen der mangelhaften Unterzeichnung der Connossemente entgegengesetzt, vielmehr sei es klar, daß da die Connossemente deren gesammtem Inhalte nach auf Fälschung beruheten, jene Unregelmäßigkeit als solche wir- pag. 16.
kungslos gewesen sei, und der Verlust sich nicht minder zugetragen haben würde, wenn auch auf den fraglichen Connossementen die Namen Mingens und Wessels in scheinbar tadelloser Weise vollzogen gewesen wären. Damit stehe es denn auch in Uebereinstimmung, daß die Kläger den Verlust bei dem Connossemente per Helida ohne Weiteres für eigene Rechnung hätten übernehmen müssen und übernommen hätten. — Den Beklagten steht indessen entgegen, daß sie, wie oben erörtert worden, überhaupt nur dann einen Anspruch aus dem Mandate an die Kläger haben, wenn der Auftrag von ihnen in gehöriger Weise ausgeführt worden ist. Es kommt überdies hinzu, daß der Betrug des Anderson in Betreff der beiden Conossemente per Wilhelm und Diana für die Kläger dann wirklich folgenlos pag. 17.
geblieben sein würde, wenn nicht durch der Beklagten Verfahren das Accept auf sichtbar unregelmäßige oder ungenügende Connossemente geleistet worden wäre, und wenn statt dessen die Connossemente Zurückweisung gefunden hätten. Das Verfahren des Anderson war so, wie er dasselbe eingerichtet hatte, nur in Beziehung auf das Connossement per Helida für die Kläger wirklich gefährdend; daß es eine auch die Connossemente per Wilhelm und Diana umfassende Wirksamkeit ausübte, ist nur durch das hinzutretende beklagtische Verfahren herbeigeführt worden.

Nach dem Allen konnte die erste und Hauptbeschwerde der Beklagten nicht für begründet geachtet werden.

Digitized by Google

pag. 18. Durch das vorstehend Ausgeführte erledigen sich zugleich die Gravamina II. und III. —

Die Beklagten suchen hier auszuführen, daß den Klägern der Beweis aufzulegen gewesen sei, die Beklagten hätten aus der äußeren Beschaffenheit der beiden fraglichen Conossemente den Verdacht einer Fälschung schöpfen müssen. Hierauf kommt es nach dem über die Einrede des fehlenden Causal-Nexus Bemerkten nicht an. So zweifellos es ist, daß, wenn die Beklagten, sei es aus der äußeren Erscheinung der Connossemente per Wilhelm und Diana, sei es aus derjenigen des Connossementes per Helida, sei es endlich aus anderen Umständen, erhebliche Veranlassung gehabt hätten, eine Fälschung zu vermuthen, sie sich sogar wegen der gegen die Helida-Abladung acceptirten Bco.*m/k* 8848 . 2 *β*

pag. 19. verantwortlich gemacht haben würden, falls sie ohne Anfrage bei den Klägern acceptirt haben sollten, eben so gewiß ist es, daß da, wie oben ausgeführt, schon eine Anwendung der ihnen als Mandataren obliegenden gewöhnlichen Diligenz das Verfahren des Anderson in Betreff der Connossemente per Wilhelm und Diana den vorliegenden besonderen Umständen nach unschädlich gemacht haben würde, auf das Vorhandensein eines Verdachtes der Fälschung gar Nichts ankommt. Hiedurch widerlegt sich zugleich dasjenige, was die Beklagten in Betreff der dritten Beschwerde über die Nothwendigkeit eines von den Klägern zu führenden Beweises einer den Beklagten zu impu-

pag. 20. tirenden und mit dem eingetretenen Verlust im Causal-Zusammenhange stehenden Verschuldung vorgebracht haben.

Der im

Gravamen IV. beklagtischerseits angebotene Beweis, daß Connossemente mit ähnlichen Unterzeichnungen, wie die per Wilhelm und Diana vollzogenen, im Handelsverkehr häufig vorkommen, würde beziehungsweise unnöthig, jedenfalls irrelevant sein. — Ersteres, weil der von den Beklagten hier behauptete Umstand im Allgemeinen von den Kläger nicht in Abrede gestellt worden ist, und dieselben das Vorkommen solcher Connossemente nur als ein nicht so häufiges bezeichnen, wie von den Beklagten geschieht. Letzteres, weil selbst ein

häufiges Vorkommen der in Rede ſtehenden Unregelmäßigkeit, wenn nicht etwa zufolge einer feſtſtehenden allgemeinen oder pag. 21.
localen kaufmänniſchen Anſicht dieſelbe als bedeutungslos behandelt werden ſollte, den Beſorger fremder Angelegenheiten nicht dazu berechtigen könnte, eine an ſich durch die Umſtände gebotene Diligenz außer Acht zu ſetzen.

Durch die

Gravamina V. und VI. und deren weitere Ausführung in dem Appellations-Libelle p. 65—69 bezwecken die Beklagten eine ihre Beweisführung erleichternde Abänderung der vom Obergerichte feſtgeſtellten Beweisformel. — Gleichwohl war keine Veranlaſſung vorhanden, den Anträgen der Beklagten zu entſprechen.

Denn

1) mit Recht hat das Obergericht einen Unterſchied zwiſchen pag. 22.
dem Connoſſemente per Wilhelm und per Diana gemacht, von denen erſteres einen Namen, letzteres nur eine Chiffre (resp. for und per the capitain) trägt. Es wäre möglich, daß ſich die zu beweiſende Uſanz auf beide Arten der Unterzeichnung, vielleicht aber nur auf die erſtere bezöge.

2) Die Hinweiſung der Beweisformel auf „Ladungen, wie die in den fraglichen Connoſſementen verzeichneten“, gereicht den Beklagten nicht zur Beſchwerde. Darin kann nur die Abſicht erblickt werden, anzudeuten, daß es ſich um Conoſſemente über erheblichere Abladungen handle, nicht etwa um Connoſſemente über ganz geringfügige Gegenſtände, in Betreff welcher die Kläger zugegeben haben, daß es damit in der Praxis nicht genau pag. 23.
genommen zu werden pflege.

3) Dem Worte „feſt“ vor Handelsgebrauch kann keine die Beklagten gefährdende Bedeutung beigelegt werden. Daſſelbe hätte ohne Zweifel fehlen können, denn der Beweis eines „geltenden Handelsgebrauches“ würde der den Beklagten gemachten Auflage vollſtändig entſprechen. Zu einer eigens zu treffenden Abänderung des Beweisſatzes bot dies Monitum der Beklagten keine genügende Veranlaſſung dar.

Digitized by Google

4) Die Erwähnung des Gegensatzes zwischen dem vom Capitain und von einem Vertreter desselben unterzeichneten Connossemente war der Sachlage völlig entsprechend.

5) Die Einschiebung der Worte „namentlich doch in Rücksicht
pag. 24. auf einen solchen Auftrag, wie von den Klägern den Beklagten im vorliegenden Falle ertheilt worden“ benachtheiligt die Beklagten nicht. Im Gegentheile, dieselbe ist als zu ihren Gunsten gereichend anzusehen; denn wenn etwa kein völlig allgemeiner Handelsgebrauch der fraglichen Art bestehen sollte, so wäre es doch möglich, daß er wenigstens für Verhältnisse der vorliegenden Art sich gebildet haben könnte.

6) Die Worte „gut und äußerlich in Ordnung befindlich“ geben zu keiner Beschwerde Veranlassung. Es kann darunter nur verstanden werden: solche Connossemente, bei deren Annahme kein Bedenken besteht.

Das
pag. 25. Gravamen VII. hat keine selbstständige Bedeutung, und bedarf es keines Eingehens darauf.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretarius.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Berend Hagens in eigenem Namen und im Namen seiner Kinder, Arend, Diedrich, Heinrich und Bernhard, so wie seiner Stieftochter Anna Lampe, zu Bremen, Kläger jetzt Appellanten, wider Arend Solte Wittwe, Metta, geb. Averdieck zu Schwachhausen, Beklagte jetzt Appellatin, Erbtheilung, jetzt Sachlegitimation betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 4. Mai vor. J., wie hiemit geschieht, aufzuheben, die klägerische Sachlegitimation für beschafft zu erachten sei, und das Obergericht in der Sache selbst und der Kosten erster Instanz halber weiter zu erkennen habe was Rechtens.

Die Kosten der Revisions- und der jetzigen Instanz werden verglichen, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 27. Februar 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Der Kläger verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde voriger und jetziger Instanz, daß seine Parition, betreffend die ihm in [9] der Oberger.-Akten gewordene Legitimationsauflage für genügend beschafft, und mittelst seiner dritten Beschwerde voriger und jetziger Instanz, daß seine eventuelle Klaganstellung im Namen und in Vollmacht seiner Kinder für zulässig erklärt, und mittelst beider Beschwerden, daß vom Obergerichte auf seine Klage in der Sache selbst erkannt werde, was Rechtens. Diesem letzten Verlangen mußte entsprochen werden. Der Anspruch des Klägers war zunächst auf die Gütergemeinschaft basirt, in welcher er mit seiner Ehefrau gelebt habe: für den — der Vernehmlassung zufolge eingetretenen — Fall aber, daß diese Legitimation des Klägers bestritten
pag. 3. wurde, und man annehmen sollte, die Kinder seiner verstorbenen Frau seien die Klagberechtigten, war die Erklärung hinzugefügt, die Klage solle zugleich in deren Namen angestellt sein, und zu dem Ende eine Vollmacht dieser Kinder beigebracht werden. Die Ansicht bei dieser Klagerhebung in eigenem und in fremdem Namen wird also dahin gegangen sein: der Anspruch stehe dem Vater oder seinen Kindern zu: sollten Zweifel erhoben werden, wem von Beiden, so wollten sie gemeinsam denselben verfolgt haben, die weitere Auseinandersetzung über das Erstrittene solle ihrem Ermessen überlassen bleiben. Daß in einer derartigen Klageanstellung eine subjective Klagenhäufung enthalten ist, konnte nicht zu deren Verwerfung führen, da letztere in den Rechten nicht
pag. 4. verordnet ist, und in der Doctrin über die Zulässigkeit gestritten wird. Die Entscheidung über diese hängt von den Umständen des besonderen Falles ab. Sind Verwickelungen durch die Verbindung mehrerer Klagen zu besorgen, so ist dieselbe zu verwerfen: dient sie zur Vereinfachung der Streitigkeiten, so

Digitized by Google

verdient deren Verbindung begünstigt zu werden. Ein solcher Fall liegt hier vor, wo der Anspruch, wenn und in so weit er vorhanden, nur dem Vater oder seinen Kindern zustehen kann, und es für die Beklagte ohne Interesse ist, an wen sie zahlt, sobald sie gegen fernere Ansprüche irgend eines Berechtigten geschützt wird. Eine Vereinfachung der gerichtlichen Verhandlungen tritt daher durch das vereinte Auftreten der sämmtlichen Betheiligten nothwendig ein.

Es fragt sich also nur, ob nicht zu besorgen steht, es pag. 5.
würden in dem ferneren Verlauf des Rechtsstreits auf Grund dieser Verbindung Verwickelungen hervortreten, durch welche die ebengedachte Vereinfachung aufgewogen werden könnte. Dieses war jedoch nicht anzunehmen, da sich nicht absehen läßt, weshalb die Vertheidigung der Beklagten wider die Ansprüche des Vaters und wider die der sämmtlichen Kinder seiner verstorbenen Ehefrau der Sache nach verschieden sein müsse. Sollte dennoch im Laufe der Verhandlungen eine derartige Divergenz hervortreten, so ist natürlich eine theilweise getrennte Behandlung und Beurtheilung auch der Sachlegitimation nicht ausgeschlossen.

Der einzige Einwand, welcher gegen die vorstehende Auffassung und Behandlung erhoben werden könnte, besteht darin, pag. 6.
daß das Obergericht in seinem Bescheide vom 31. März 1856 die Absicht des Klägers dahin aufgefaßt hat, er wolle im Namen seiner Kinder nur eventuell, also für den Fall klagen, daß sein eigener auf die Gütergemeinschaft gestützter Anspruch verworfen werden sollte, und daß der Kläger auf diesen Gesichtspunkt der eventuellen Klageanstellung in seiner Parition und in den sämmtlichen Verhandlungen in der Instanz der Rechtsmittel dergestalt eingegangen ist, daß er der oben erwähnten den Worten der Klaganstellung entnommenen Auffassung nicht mit einem Worte gedacht hat. Kommt hiezu nun noch als unterstützendes Moment, daß weder in den Rubriken noch bei der Einwendung von Rechtsmitteln der Kinder als derzeitiger In- pag. 7.
teressenten des Rechtsstreites irgendwo gedacht, und vielmehr nur ausgeführt wird, eine eventuelle Klagenhäufung mittelst

Digitized by Google

deren eine Person einen ihr oder Anderen zustehenden Anspruch in fremden Namen verfolgt, nachdem ihr derselbe in eigenem Namen aberkannt worden ist, sei zulässig, so möchte man geneigt sein, in diesem Allen zu finden, die Auffassung des Obergerichts stehe nicht blos rechtskräftig fest, sondern entspreche auch einzig und allein der wahren Absicht des Klägers. Einer derartigen Auffassung konnte jedoch nicht beigetreten werden. Zunächst ist dieselbe nicht in dem Decisum des gedachten Bescheides, sondern in ratio 2 enthalten, und es läßt sich nicht behaupten, daß
pag. 8. diese ratio ein Element der Entscheidung und als solche der Rechtskraft fähig sei. Sodann aber kann die gedachte Auffassung eben so wohl als eine möglicherweise in dem Willen des Klägers enthaltene von dem Obergerichte gedacht, und um deswillen die alsdann nothwendige Vervollständigung der Sachlegitimation des Klägers verfügt sein. Dem Kläger aber läßt es sich nicht zum Vorwurf machen, wenn er im weiteren Verlauf der Verhandlung auf den von dem Obergerichte hervorgehobenen Gesichtspunkt eingegangen, dessen Verlangen zu erfüllen und die nachtheiligen, aus dieser Auffassung für ihn hervorgehenden Folgerungen zu beseitigen bemüht gewesen ist. Keinenfalls konnte die hierin liegende Willensäusserung für so klar gehalten werden, daß man um deswillen die aus den Worten der
pag. 9. Klagschrift zu entnehmende andere Auffassung als aufgegeben zu betrachten hätte. Diese allein aber führt, wie oben entwickelt worden ist, zu einem dem practischen Bedürfniß entsprechenden Resultat. Da sich indessen nicht verkennen läßt, daß die Worte auch zu der Auffassung berechtigen, die Klage habe Namens der Kinder nicht zugleich, sondern nur dann, wenn die Legitimation des Klägers in eigenem Namen mit Erfolg bestritten würde, also eventuell angestellt sein sollen, und mithin auch die Beklagte diese Auffassung als die allein richtige angesehen haben könnte, so wird es angemessen sein, wenn das Obergericht, bevor es in der Sache selbst erkennt, der Beklagten Gelegenheit
pag. 10. giebt, dasjenige annoch vorzutragen, was sie etwa ihrer Rechtsvertheidigung gegen eine im Namen der Kinder angestellte Klage hinzuzufügen für dienlich erachten sollte.

Digitized by Google

Nach dieſem Ergebniß erſcheint es unnöthig, die erſten Theile der erſten wie der dritten Beſchwerde einer Eröterung zu unterziehen.

Die Vergleichung der Koſten voriger und jetziger Inſtanz war eine Folge des Wechſels der Erkenntniſſe: die Beurtheilung der Koſten erſter Inſtanz mußte bis zum Enderkenntniß ausgeſetzt bleiben, und war kein Grund erfindlich, die in erſter Inſtanz durch den Beſcheid vom 31. März 1856 und die in Folge deſſen ergangenen Verhandlungen, durch welche die Sache des Näheren aufgeklärt iſt, entſtandenen Koſten von gedachter Beurtheilung auszuſchließen. Die Rubrik der Sache endlich pag. 11. mußte der obſtehenden Ausführung zufolge, wie aus dem Urtheil erſichtlich iſt, verändert werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretarius.

Digitized by

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Plate zu Tenever, jetzt deſſen Wittwe daſelbſt, Beklagter jetzt Appellantin, wider Georg Schumacher, jetzt deſſen Sohn Wöltje Schumacher ebendaſelbſt, vertreten durch ſeine Vormünder Friedrich Kaemena zur Vahr und Georg Jürgens zu Ellen, Kläger jetzt Appellaten, das Miteigenthum eines Weges, jetzt geführten Beweis betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache ſelbſt aber, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanſeſtadt Bremen vom 17. Nov. 1856, wie hiemit geſchieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Koſten dieſer Inſtanz zu beſtätigen ſei.

Und wird die Sache nunmehr zum weitern Verfahren an das Untergericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 13. März 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzliſt,
Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

pag. 2. A. Soviel zunächst die Appellabilität der vorliegenden Sache betrifft, so steht ein Gegenstand von unbestimmtem Werthe in Frage. Der Weg über welchen gestritten wird, kommt nicht als für sich bestehendes, nach Größe und Beschaffenheit selbstständig zu schätzendes Grundstück in Betracht, sondern es handelt sich um den Vortheil, den der Weg durch Benutzung für die Zwecke der anliegenden Grundstücke gewährt, und der auf den Werth des ganzen Stellenbesitzes der Parteien von Einfluß ist. Dieser relative Vortheil läßt sich nicht füglich zu einer bestimmten Geldsumme anschlagen, und noch weniger ist dies der Fall rücksichtlich des jetzt allein in Frage stehenden Interesses der Beklagten, den Kläger statt des in Anspruch genommenen Miteigenthums auf die ihm nicht streitig gemachte Weggerechtigkeit beschränkt zu
pag. 3. sehen. Da nun nach § 607 sub. a der Bremischen Ger. O. (vergl. mit R. G. O. von 1555 Th. II. Tit. 28. § 4) Gegenstände von unbestimmtem Werth allgemein der Appellation an das Ober-Appell.-Gericht unterliegen, und dabei, wie bereits in den von der Beklagten und von

Blume, O.-A.-Ger.-Ordn. S. 147. not. d.

angeführten Präjudicaten, denen zur nähern Bestimmung die Sache

Vollmann c. Meyer Sept. 1837

beizufügen ist, ausgesprochen wurde, ein weiterer Unterschied je nach der ungefähren pecuniären Erheblichkeit nicht gemacht werden kann, so kommen im vorliegenden Falle die Zweifel, ob das Interesse der Beklagten an Wichtigkeit einem Betrage von mehr als 300 ℛ gleichzustellen sei, nicht in Betracht, und mußte die
pag. 4. Sache um so mehr als anher erwachsen erachtet werden, als dies von Seiten des Klägers nicht bestritten worden ist.

B. In der Sache selbst mußte das obergerichtliche Erkenntniß in wesentlicher Uebereinstimmung mit dessen Gründen bestätigt werden.

Digitized by Google

I. Der klägerische Zeugenbeweis ist theils auf Begründung des Miteigenthums durch einen Verkoppelungsvertrag, theils auf erwerbende Verjährung gerichtet. In der letzeren Beziehung war er jedenfalls ein ungenügender. Sieht man von jenem vertragsmäßigen Titel ab, so würde eine 30jährige Ausübung des Miteigenthums in gutem Glauben erforderlich sein. Ist nun auch eine mehr als 30jährige Benutzung des Weges durch den Kläger und seinen Vorbesitzer noch vor dem Jahre 1852, wo des Beklagten Vorbesitzer den Weg entschieden als sein (alleiniges) Eigenthum bezeichnete, sowohl nach den Zeugenaussagen, pag. 5.
als nach den Angaben der beklagten Partei selbst nicht zu bezweifeln, und könnte man geneigt sein, in Ermangelung einer Aufklärung über die Entstehung des Weges, die bona fides des Klägers und seiner Vorgänger bis zu dem gedachten Zeitpunkt als wahrscheinlich anzunehmen, so würde es doch, da dem Kläger eine Wegegerechtigkeit gar nicht bestritten wird wesentlich darauf angekommen sein, daß sich die Benutzung des Weges grade als Ausübung des Miteigenthums im Gegensatz einer bloßen Servitut, bekundet hätte. In dieser Beziehung ergeben aber die Zeugenaussagen kein zuverlässiges Resultat, da sie die Bekundung des Miteigenthums theils nur in dem gleichen Gebrauch mit den anderen Betheiligten finden, theils nur aus dem Inhalt des Verkoppelungsvertrages schließen.

Dagegen ist ein überwiegender Beweis für den angegebenen pag. 6.
vertragsmäßigen Erwerb des Miteigenthums geliefert.

Die persönliche Glaubwürdigkeit der 4 Zeugen ist in Uebereinstimmung mit dem Obergericht zu beurtheilen. Die Zeugen 2 und 3 sind, da Beklagter seine anfängliche Einwendung gegen sie nicht weiter verfolgt hat, als classische anzuerkennen. Zeuge 4 ist als Miethsmann des Klägers, da es für ihn keinen erheblichen Unterschied macht, ob Kläger den Weg als Miteigenthümer oder als Servitutsberechtigter zu benutzen hat, nur in sehr geringem Grade verdächtig. Bedeutender ist allerdings der gegen den Zeugen 1 vorliegende Verdachtsgrund, da er selbst zu den Interessenten des Weges gehört und gleich dem Kläger Miteigenthümer zu sein behauptet, während die be-

Digitized by Google

pag. 7. klagte Partei auch ihm nur eine Wegegerechtigkeit zugesteht. Allein für völlig unglaubwürdig konnte er keineswegs gehalten werden. Ein unmittelbares Interesse am Ausgang des jetzigen Rechtsstreits hat er nicht, da seine Berechtigung weder durch den Obsieg des Klägers zur Anerkennung gebracht, noch durch das Unterliegen des Klägers beseitigt wird, er dieselbe vielmehr immer selbstständig gegen die Beklagte durchzufechten haben würde. Auch ist sein Interesse, ob er als Miteigenthümer oder als Servitutberechtigter den Weg zu benutzen habe, unverkennbar ein geringeres, als das des Klägers, da seine Länderei hinter dem Wege liegt, und nicht an dessen Länge anstößt. Es bleibt daher nur sein Interesse übrig, durch seine Aussage über die Entstehung des Weges nicht in Widerspruch mit den Behauptungen
pag. 8. zu kommen, welche er bei Anstellung einer gleichen Klage gegen die jetzige Beklagte aufzustellen haben würde. Dieses Interesse aber macht ihn allerdings in erheblichem Grade verdächtig, und kann nicht durch die Bemerkung des Klägers, daß dem Zeugen daran gelegen sein könne, sich des Klägers als dritten Miteigenthümers zu entledigen, für beseitigt gelten. Andererseits muß jedoch auch wieder in Betracht gezogen werden, daß dem Zeugen die genaueste Wissenschaft von der Sache zugetraut werden darf.

Was sodann den Inhalt der Zeugenaussagen betrifft, so wird

1) die Behauptung des Klägers, daß die drei Interessenten der hier fraglichen Ländereien vor einer längeren Reihe von
pag. 9. Jahren einen Austausch von Länderstücken vorgenommen, einen Verkoppelungsvertrag abgeschlossen haben, von den Zeugen 1 und 2

zu Art. 2, zu interr. 2, ad h. art., zu Art. 2, 5, 7,

positiv bestätigt und von den beiden anderen Zeugen durch die Aussage, sie hätten so gehört (Zeuge 4 er habe immer so gehört)

Zeuge 3 zu Art. 9 interr. 1.

Zeuge 4 zu Art. 2. interr. 2, zu Art. 4, 6.

unterstützt, eine Unterstützung, welche bei so alten und von bleibenden Folgen begleiteten Vorgängen nicht unerheblich ist.

Digitized by Google

Legt man nun auch auf das Zugeſtändniß der Beklagten im Appellationslibell jetziger Inſtanz (p. 8), daß um die bemerkte Zeit ein Austauſch von Ländereien in dortiger Gegend geſchehen ſei, deshalb kein Gewicht, weil daſſelbe ſich mit Rückſicht auf die in Anlage 6 beigebrachten ſchriftlichen Erklärungen pag. 10.
wohl nur auf einen Austauſch zwiſchen den Vorbeſitzern der Beklagten und des Zeugen 1 (ohne Theilnahme des klägeriſchen Vorbeſitzes) beziehen ſollte, ſo wird doch durch die obigen Zeugenausſagen mindeſtens ein hoher Grad von Wahrſcheinlichkeit für die bemerkte Thatſache erbracht. Der Zweifel, ob die Zeugen 1 und 2 auch im Stande geweſen ſeien, aus eigener Wiſſenſchaft eine poſitive Verſicherung der Art abzugeben, würde nur dann von Erheblichkeit ſein, wenn es gewiß oder wahrſcheinlich wäre, daß der bezeugte Vorgang in eine Zeit zurückfiele, wo die Zeugen noch nicht wahrnehmungsfähig waren. Dies läßt ſich aber in keiner Weiſe behaupten. Die Zeugen haben die Zeit des Vorganges nicht näher anzugeben vermocht, als daß der Austauſch unter dem Bürgermeiſter Georg Gröning zu Stande gekommen ſei, pag. 11.
und es iſt über das Todesjahr des Letzteren keine Nachricht zu den Acten gebracht worden. Wenn aber die Beklagte behauptet, nach des Klägers eigener Angabe ſolle der Vertrag 60 Jahre vor angeſtellter Klage, alſo im Jahre 1794, abgeſchloſſen ſein, ſo iſt dies unrichtig. In der Klage heißt es nur „vor etwa 60 Jahren“, was kein Zugeſtändniß in ſich ſchließt, daß der Vertrag nicht auch in die erſte Zeit des jetzigen Jahrhunderts fallen könne; und in den Beweisartikeln drückte ſich der Kläger noch unbeſtimmter dahin aus: „gegen Ende des vorigen Jahrhunderts oder wann?“ — Ganz abgeſehen von den ſchriftlichen Erklärungen, welche die Beklagte in Anlage 6 der jetzigen Inſtanz beigebracht hat, und welche nur von einem Länder-Austauſch zu Anfang des jetzigen Jahrhunderts reden, muß es ſo- pag. 12.
nach eben ſo gut als möglich angeſehen werden, daß der bezeugte Austauſch einige Jahre nach, als daß er einige Jahre vor dem Anfang des jetzigen Jahrhunderts vor ſich gegangen ſei und es iſt daher ſelbſt bei dem Zeugen 1, welcher bei ſeiner Vernehmung im Jahre 1855 erſt 60 Jahr alt war, kein Grund

Digitized by Google

vorhanden, die Möglichkeit eigener Wissenschaft für ausgeschlossen zu halten, zumal wenn man mit dem Obergericht berücksichtigt, daß die Ausführung eines solchen Verkoppelungsvertrages sich sehr leicht mehrere Jahre hingezogen haben kann. Am wenigsten ist aber ein solcher Zweifel bei dem Zeugen 2, auf den es doch seiner vollen Glaubwürdigkeit wegen hauptsächlich ankommt, begründet, da er bei seiner Vernehmung bereits 72 Jahre alt
pag. 13. war, also selbst im Jahre 1794 genügende Wahrnehmungsfähigkeit besessen haben kann, um später über Vorgänge aus jener Zeit Zeugniß abzulegen. Nun sagt aber

2) eben dieser Zeuge mit gleicher Bestimmtheit weiter aus (zu Art. 2) bei dem fraglichen Austausche sei der Weg gemacht und den Anliegern d. h. den drei Vertragsinteressenten, wie die unmittelbar vorhergehenden Worte und die Aussage zu Art. 3 und 4 außer Zweifel setzen — zugetheilt worden, früher habe das Land bunt durch einander gelegen. Der Zeuge bestätigt also positiv die vertragsmäßige Errichtung eines gemeinschaftlichen Weges, und erscheint es neben dieser speciellen Thatsache ganz gleichgültig, welchen Umfang im Uebrigen der Vertrag gehabt
pag. 14. haben mag, ob er nach der Auffassung des Obergerichts ein allgemeiner Verkoppelungsvertrag war, in Folge dessen alles Grundeigenthum zusammengeworfen worden und, soweit es nicht wieder einem einzelnen Interessenten zugewiesen wurde, gemeinschaftlich geblieben wäre, oder ob er nur den Austausch einzelner Länderstücke betraf. Eben so wenig kommt es aber darauf an, ob gerade die Grundfläche, welche den Weg bildet, vorher zu verschiedenen reellen Theilen den drei Interessenten angehörte, oder ob sie etwa das Eigenthum eines einzigen von ihnen gewesen war und dieser durch Zuweisung eines anderweitigen Landstückes für die Abtretung ideeller Antheile an dem Weg entschädigt wurde. Eben deshalb wird aber auch die obige positive Aussage des Zeugen nicht dadurch geschwächt, daß er zu interr. 2, ad art. 2
pag. 15. äußert „seiner Meinung nach“ werde jeder zu dem Weg gleich viel hergegeben haben.

Nicht so erschöpfend ist die Aussage des Zeugen 1, sie bietet aber doch eine erhebliche Unterstützung für das vorige

Digitized by Google

Zeugniß. Denn, wenngleich er nicht direct sagt, daß der Weg den drei Interessenten zugetheilt worden sei, so bestätigt er doch mit gleicher Bestimmtheit, daß der Weg bei dem fraglichen Tauschvertrag überhaupt erst gemacht sei (zu Art. 4) und wenn man damit seine Aussage zu interr. 2 ad art. 2 zusammenhält, wo er das Miteigenthum der drei Interessenten an dem Wege gerade daraus herleitet, daß das früher bunt durch einander liegende Land aller drei Stellen damals vermessen, und jeder Stelle das Gebührende angewiesen worden sei, daß seitdem kein Streit mehr vorgekommen sei, und alle drei Stellen den Weg benutzt und unterhalten hätten, so kann es keinen pag. 16. Zweifel leiden, daß der Zeuge mit der „Anweisung des Gebührenden" der Sache nach dasselbe für den streitigen Weg hat sagen wollen, wie der Zeuge 2. Auch die Unbestimmtheit, mit welcher er sich zu interr. 2 ad art. 7 über die Frage ausspricht, aus wessen Eigenthum die Grundfläche des Weges genommen worden sei, kann hier eben so wenig, wie dort, zur Schwächung des Zeugnisses dienen; ja es tritt hier noch deutlicher hervor, daß die Unbestimmtheit eben nur diese, jetzt gleichgültige Frage betraf, indem der Zeuge beide Möglichkeiten — Opferung von Land jedes Interessenten zur Herstellung des Weges, und Ausgleichung der Flächen durch Tausch — ausdrücklich neben einander aufführt.

Unterstützend sind aber auch die Aussagen der Zeugen 3 und 4. Der Erstere erklärt zu interr. 1 ad art. 9 man sage, es habe ein Austausch von Ländereien stattgehabt, und in Folge pag. 17. dessen sei der Weg Eigenthum der drei Betheiligten geworden. Der Zeuge 4 aber sagt noch näher aus (zu interr. 2 ad art. 2) das Land sei wechselweise ausgetauscht und sei ein gemeinschaftlicher Weg für alle drei eingerichtet, so habe er wenigstens immer gehört; ferner zu Art. 6: die Parteien und Zeuge Meyer seien gemeinschaftliche Eigenthümer des Weges, seitdem die Verkoppelung gemacht sei; und zu interr. 2 ad art 7, er schließe das Miteigenthum des Klägers, im Gegensatz einer bloßen Fahrwegsgerechtigkeit, daraus, weil bei der Verkoppelung alle Betheiligten zum Wege beigetragen hätten. Obwohl diese

Digitized by Google

pag. 18. letzteren Angaben aus der ersten zu erklären und daher ebenfalls nicht von eigener Wissenschaft des Zeugen zu verstehen sind, so ist es doch nicht ohne Bedeutung, wenn ein mit den fraglichen Verhältnissen genau bekannter Landmann, der vermöge seines Alters (58 Jahr) über die Folgen des Verkoppelungsvertrags schon sehr früh Erfahrungen gesammelt haben kann, versichert, immer so gehört zu haben, wie es von dem Zeugen 2 aus eigener Wissenschaft bestätigt worden ist.

Hervorzuheben ist noch, daß nach der übereinstimmenden Aussage der Zeugen 1, 2 und 4 (zu Art. 2, 4 und 5) das an der beklagtischen Seite an den Weg anstoßende Land vor dem Verkoppelungsvertrage dem Vorweser des Zeugen 1 (Meyer)
pag. 19. gehört haben und erst durch den Vertrag in das Eigenthum des Vorwesers der Beklagten übergegangen sein soll, ein Umstand, wodurch das von der Beklagten geltend gemachte, ohnehin kaum erhebliche, Argument, daß ihr Land unmittelbar an den Weg stoße, das des Klägers dagegen durch einen Graben davon getrennt sei, jedenfalls allen Werth verliert.

3. Die Zeugen-Aussagen ergeben aber nicht bloß den Abschluß eines auf die Gemeinschaft des Weges unter den Interessenten gerichteten Vertrages, sondern auch den factischen Vollzug desselben, so daß die Frage, ob nicht schon die aus den Zeugen-Aussagen mit zu entnehmende gutsherrliche Einwilligung in den Vertrag zur Uebertragung des Miteigenthums an die Interessenten genügt hätte, dahin gestellt bleiben kann. Der factische
pag. 20. Vollzug nämlich liegt schon in der bezeugten Thatsache, daß der Weg bei dem fraglichen Ländertausch überhaupt erst gemacht, eingerichtet, und, wie der wichtigste Zeuge (test. 2.) hinzusetzt, den Anliegern zugetheilt worden sei. Es kommt aber noch hinzu, daß die Zeugen auch bestätigen, die Interessenten hätten seit dem Verkoppelungsvertrag gleichen Gebrauch von dem Wege gemacht und ihn gemeinschaftlich unterhalten. Zeuge 1 erklärt dies ausdrücklich zu interr. 2 ad art. 2, zu interr. 2 ad art. 5, zu Art. 7 und interr. 1 ad h. art., zu interr. 1 ad art 9, zu art. 10 und interr. 1, 2 ad h. art. Der Zeuge 2 erklärt im Allgemeinen, das Miteigenthum des Klägers habe sich darin

Digitized by Google

gezeigt, daß derselbe den Weg gebraucht und reparirt habe, wie die andern Betheiligten,

zu interr. 2 ad art. 6, zu interr. 1 ad art. 9, zu art. 10 pag. 21.

welche Angabe, namentlich nach der Fassung des Art. 10, auf die ganze Zeit seit dem Verkoppelungsvertrage bezogen werden muß, und beantwortet außerdem int. 2 ad art 9,

> woher Zeuge dies wisse, nämlich (art. 9) daß Kläger keiner Erlaubniß des Beklagten bedürfe, um den Weg wie ein Miteigenthümer zu benutzen?

dahin, das habe er derzeit schon gehört, als das Land verkoppelt sei. Es ist also klar, daß auch dieser Zeuge die gleiche Benutzung des Weges durch den Kläger und seine Vorbesitzer von der Zeit der geschehenen Verkoppelung an hat bestätigen wollen. Zeuge 4 endlich versichert gleichfalls, das Miteigenthum des Klägers habe sich durch gleiche Benutzung und Unterhaltung des Weges gezeigt,

zu int. 2 ad art. 6, zu art. 7 und int. 1, zu art. 10 pag. 22.
und int. 3

und erklärt auf die Frage:

> woher er wisse, daß der Weg den drei Interessenten seit der Verkoppelung gemeinschaftlich gehöre? (int. 1 ad art. 6)

das sei immer so gehalten und ungehindert ausgeübt.

So wenig nun aber die gleiche Benutzung und Unterhaltung ohne einen Erwerbstitel genügen würde, um einen Verjährungsbesitz für das Miteigenthum des Klägers zu begründen, so erheblich ist dieser Umstand unter Voraussetzung des fraglichen Vertrages. Denn, war der Vertrag vorausgegangen, so kann in der gleichen Benutzung und Unterhaltung des Weges, wenigstens in der ersten Zeit, wo der Inhalt des Vertrages den Interessenten noch genau bekannt war, nichts Anderes, als die pag. 23.
Bekundung des animus, Miteigenthum auszuüben, gefunden werden.

Mit den vorstehend unter 2 und 3 bemerkten Punkten ist aber das Beweisthema des Klägers, ein durch factischen Vollzug realisirter Erwerbstitel des Miteigenthums, erschöpft. Da nun für beide Theile dieses Beweisthemas die directe und positive

Aussage eines classischen Zeugen (test. 2) vorliegt, damit die Aussage eines, allerdings in erheblichem Grade verdächtigen Zeugen (test. 1.) vollständig übereinstimmt, und noch die Aussage eines nur wenig verdächtigen, aber in dem Hauptpunkt dem Vertragsabschluß, nicht aus eigner Wissenschaft schöpfenden Zeugen (test. 4), so wie einigermaßen unterstützend die Aus-
pag. 24. sage eines weitern classischen Zeugen (test. 3.) hinzukommt, so kann das Resultat unbedenklich als ein die Zuerkennung des Erfüllungseides rechtfertigendes bezeichnet werden.

II. Was den Gegenbeweis der beklagten Partei betrifft, so ist derselbe

1) soweit er durch die vernommenen Zeugen hat geführt werden sollen, dem auf einen speciellen Erwerbstitel gerichteten Beweise des Klägers gegenüber, augenscheinlich unerheblich. Wenn Zeuge 1 sich dahin ausspricht, der Weg gehöre zu des Beklagten Lande, Kläger habe dort nur eine Fahrwegsgerechtigkeit, und Zeuge 2, er glaube, daß der Weg Plate's Eigenthum sei, so sind diese Aeußerungen ohne allen Werth. Im Uebrigen aber gehen diese Aussagen in Gemäßheit der Artikel selbst, nur auf
pag. 25. Handlungen des Beklagten oder Duldungen des Klägers — Beseitigung der vor etwa 20 Jahren vom Kläger an den Weg gesetzten Bäume, Benutzung alles Grases und Buschwerks auf dem Wege durch den Beklagten seit mehr als 30 Jahren, Pflanzen und Behauen von Bäumen durch den Beklagten, Abrickeln des klägerischen Viehes, — welche zwar eine Ausübung des Besitzes von Seiten des Beklagten bekunden können, aber an dem durch speciellen Titel begründeten Miteigenthum des Klägers nichts ändern. Ein Rückschluß aus diesen Besitzhandlungen darauf, daß der Inhalt des Verkoppelungsvertrages ein anderer gewesen sein müsse, läßt sich in keiner Weise machen. Ebenso unerheblich ist in dieser Beziehung der von einem Zeugen (test.
pag. 26. 3. ad. art. 3) erwähnte Umstand, daß der Weg immer „Tietjen-Damm" geheißen haben soll. Wenn aber die Beklagte eventuell meint, es werde durch ihren Gegenbeweis eine Ersitzung des Alleineigenthums für sie begründet, so steht ihr schon das formelle Bedenken entgegen, daß in dem Beweisinterlocut kein Ein-

Digitized by Google

redebeweis in dieser Beziehung vorbehalten worden ist. Wollte man aber auch hierauf kein entscheidendes Gewicht legen, so kommt doch in Betracht, daß von einer unvordenklichen Verjährung, worauf sich die Beklagte beruft, neben dem Beweis des Klägers über die Entstehung seines Miteigenthums keine Rede sein kann, für die odentliche Ersitzung es an jedem Titel fehlt und für die außerordentliche Verjährung, welche eine 30jährige Ausübung des Alleineigenthums vor dem Jahre 1852, wo der Kläger dem Alleineigenthum des Beklagten bestimmt pag. 27.
widersprochen hat, voraussetzen würde, mit Rücksicht auf den vor 50–60 Jahren abgeschlossenen Verkoppelungsvertrag keine bona fides auf beklagter Seite angenommen werden kann, auch wenn man die Ergänzung der übrigen Erfordernisse durch einen richterlichen Eid für möglich halten sollte.

2. Gleich erfolglos ist der Urkundenbeweis geblieben.

a. Rücksichtlich der Cataster-Auszüge kann es dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden Falle alle Bedingungen zutreffen, welche die in der Verordnung vom 15. Mai 1826 sub Nr. 7 bestimmte Beweiskraft begründen. Denn jedenfalls muß dem Obergericht darin beigepflichtet werden, daß da die Verordnung ausdrücklich einen Gegenbeweis zuläßt, die aus dem Inhalt der Cataster-Karten und Register hervorgehende Präsumtion für die pag. 28.
Beklagte für beseitigt erachtet werden muß, sobald der Kläger durch seine Zeugenaussagen und den hinzukommenden Erfüllungseid sein Miteigenthum nachgewiesen haben wird.

b. Der landherrliche Bescheid vom 5. Novbr. 1833 [20] giebt schon formell zu dem Bedenken Anlaß, daß eine Insinuation oder Publication desselben weder aus der producirten Abschrift ersichtlich, noch sonst nachgewiesen ist. Er ist aber auch seinem Inhalte nach unerheblich, da er höchstens für die Besitzausübung des beklagtischen Vorwesers, nicht aber für die Annahme seines ausschließlichen Eigenthums eine Bestätigung liefert. Von welcher Ansicht der Landherr in dieser Beziehung ausging, kann für die gerichtliche Entscheidung nicht in Betracht kommen, pag. 29.
und ein Geständniß des Klägers findet sich nicht in dem Document; vielmehr soll er laut desselben der Behauptung, daß er

die fraglichen Bäume „auf Tietjen's Grund" gepflanzt habe, widersprochen haben, und wenn weiterhin davon die Rede ist, dem Kläger stehe geständlich die Benutzung des Weges gegen die Pflicht, ihn zu unterhalten, zu, so ist es nach dem Zusammenhange ganz klar, daß hiemit nicht ein Geständniß des Klägers, sondern Tietjen's gemeint war.

c. Von den landherrlichen Befehlen aus den Jahren 1852 und 1853 [9] und den klägerischen Briefen [21] und [25] gilt dasselbe, wie von den Aussagen der Gegenbeweiszeugen, sie sind ebenfalls nur für die Besitz- aber nicht für die Eigenthumsfrage von Erheblichkeit.

pag. 30. War sonach der geführte Gegenbeweis für erfolglos zu erachten, so wird hiernach auch

III. durch die in jetziger Instanz beigebrachten Nova nichts geändert.

1) Was den Antrag betrifft, vier weitere Gegenbeweiszeugen vernehmen zu lassen, so kann es dahin gestellt bleiben, ob die Beklagte nicht zugleich Gegenbeweisartikel cum directorio hätte überreichen müssen. Der § 130 der O.-A.-Ger.-Ordnung läßt neu entdeckte Beweismittel nur unter der Voraussetzung zu, wenn ihnen sonst kein Rechtsgrund entgegenstehe, und ein solcher besonderer Rechtsgrund liegt hier darin, daß die neuen Zeugen nach Eröffnung des Zeugenrotuls über das directe Gegentheil von dem, was die klägerischen Zeugen ausgesagt haben, vernommen werden sollen. Denn es soll durch sie nachgewiesen
pag. 31. werden, daß der streitige Weg nicht erst durch den zu Ende des vorigen oder zu Anfang dieses Jahrhunderts abgeschlossenen Verkoppelungsvertrag errichtet worden sei, sondern schon vorher existirt und immer zu dem Tietjen'schen, jetzt beklagtischen Lande gehört habe. Eine solche nachträgliche Vernehmung von Gegenbeweiszeugen nach eröffnetem Rotul ist aber gemeinrechtlich weder in erster, noch in höherer Instanz gestattet,

Nov. 90. c. 4 § 1.

Clement, 2. de testib. (2, 8.)

und zwar der richtigen Ansicht nach auch dann nicht, wenn die Zeugen neu aufgefunden sind, mag auf Grund der neuen Auffindung das beneficium novorum in Anspruch genommen oder

Digitized by Google

um Restitution gebeten werden. Hieran hat auch die Bremische Gerichtsordnung nichts geändert, vielmehr setzt der § 227 (wie schon die Ger. Ord. von 1751 Th. II. Tit. 19 § 15 fr.) die pag. 32.
Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte außer Zweifel; denn wenn die erkannte Eröffnung des Rotuls, trotz der noch laufenden Beweisfrist (vgl. § 176) die Vernehmung neuer Zeugen gänzlich unzulässig macht — Ausnahmen sind nur für die abermalige Abhörung der nämlichen Zeugen beigefügt — so folgt dasselbe auch für den Fall, wenn mittelst des juramentum novorum die nachträgliche Benutzung neuer Zeugen versucht wird, indem die Partei nach § 177 und 505 durch das juramentum novorum nur in die Lage versetzt wird, als wäre für sie die Beweisfrist noch nicht abgelaufen. Diese ausschließende Wirkung der Eröffnung des Rotuls ist vom O.-A.-Gericht bereits wiederholt, namentlich auch in der Bremischen Sache

Kropp c. Kropp. Februar 1840

anerkannt worden.

2) Die Zulassung der Beklagten mit der in Anlage 7 bei- pag. 33.
gebrachten Urkunde mußte schon formell beanstandet werden, da die Beklagte selbst angiebt, daß sie die Urkunde bereits besessen und nur früher keine Kenntniß davon gehabt habe. Hier wäre, um den Vorwurf eigener Nachlässigkeit zu beseitigen, die Darlegung näherer Umstände nothwendig gewesen, durch welche die verspätete Entdeckung entschuldigt werden könnte. Die Urkunde ist aber auch ihrem Inhalte nach unerheblich, da sie nur die Veräußerung eines Gutsherrnrechtes über die Tietjen'sche Stelle betrifft. Wenn hier der jetzt streitige Weg mit als Bestandtheil der Tietjen'schen Stelle aufgeführt wurde, so konnte die unterlassene Einsprache dagegen dem Kläger nur insofern präjudiciren, als er an das Gutsherrnrecht über den Weg irgend einen Anspruch zu machen gesonnen gewesen wäre, was aber im pag. 34.
gegenwärtigen Proceß gar nicht in Frage steht.

Mußte hiernach das angefochtene Erkenntniß bestätigt werden, so war die Beklagte auch in die Kosten jetziger Instanz zu verurtheilen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.
Loco Secretarii.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Ernst Friedrich Schultze und Dr. Friedrich Wilhelm Schlodtmann zu Bremen, Imploranten jetzt Appellanten, wegen Ablieferung eines Zuschlagsprotocolls an E. F. Schultze, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 19. Septbr. vor. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei;

und wird nunmehr die Sache an das Erbe- und Handfesten-Amt zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. März 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn, Kanzlist,**

Loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

Das Verlangen der Imploranten geht nicht dahin, daß in dem Zuschlagsprotokoll dem Namen Schlodtmann, der Name
pag. 2. Schultze substituirt werde — ein Verlangen, dessen Unstatthaftigkeit, mit den Gründen zum vorigen Urtheil, sich daraus ergiebt, daß einer öffentlichen Behörde nicht zugemuthet werden kann, eine Unwahrheit zu bezeugen —, sondern dahin, daß von dem Erbe- und Handfesten-Amt bezeugt werde, und zwar in dem den Uebergang des Eigenthums an dem in Rede stehenden Immobile vermittelnden Zuschlagsprotokoll:

1) daß Schlodtmann zum Höchstgebot am 12/15 Juni 1857 den Zuschlag erhalten, und

2) daß er unter Zustimmung des Verkäufers und Schultze's seine Rechte aus dem Zuschlag auf diesen am 29. Juni übertragen habe.

Zur Ausstellung einer derartigen, beide Thatsachen bezeu-
pag. 3. genden Urkunde ist aber das Amt weder berechtigt noch verpflichtet. Zwar mußte den Imploranten darin beigepflichtet werden, daß nach gemeinem Recht einer Cession der aus einem Kaufvertrage — und ein solcher ist zwischen dem Höchstbietenden bei einer Versteigerung und Demjenigen, welcher dieselbe veranlaßt hat, zu Stande gekommen — für den Käufer erwachsenen Rechte, und eben so wenig einer Delegation abseiten des Käufers an einen Dritten und den Verkäufer, so wie dem Abschluß eines neuen Vertrages zwischen Letzteren mit der Wirkung, daß der frühere Kauf dadurch beseitigt werde, ein rechtliches Hinderniß nicht ent-

Digitized by Google

gegenstehe. Eine Folge dieser Rechtssätze für den vorliegenden Fall würde es sein, daß, da die Steuerverordnung seit 1835

Ges. Samml. 1835 Nr. I. II. S. 3. pag. 4.

und ebenso die hier einschlagende für 1857.

Ges. Samml. 1856 Nr. LII. IV. § 21. S. 358.

die Abgabe nicht an den Abschluß des Rechtsgeschäftes, sondern der in Folge dessen statthabenden Veräußerung, also der Eigenthumsübertragung, geknüpft hat, und diese nur in den Personen der ersten Verkäufer an Schultze stattfinden würde, die Abgabe nur einmal zu entrichten wäre. Da indessen die Erbe- und Handfesten-Ordnung vom 19 December 1833 am 1. Mai 1834 in's Leben getreten ist;

Ges. Samml. 1833 Nr. 18. S. 31. z. A.

die für 1834 zur Anwendung kommende Steuerverordnung aber

Ges. Samml. 1833 Nr. 23. II. S. 120.

die Abgabe noch mit dem Zustandekommen des Rechtsgeschäftes pag. 5.
verbindet und ein äußerer Grund für eine Erleichterung der Steuerpflichtigen nicht ersichtlich ist, so weist schon dieser Umstand darauf hin, daß durch die Erbe- und Handfesten-Ordnung mit obigen Rechtssätzen eine Veränderung vorgegangen ist, welche die frühere Bestimmung unnöthig machte. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung in den Vorschriften der gedachten Verordnung selbst. Das Eigenthum einer unbeweglichen Sache kann seitdem in Bremen nur übertragen werden auf öffentlichem Wege unter Concurrenz einer Behörde, nach erfolgter Abkündigung, welche, wenn der Titel der Eigenthumsübertragung ein öffentlicher Verkauf ist, diesem vorangeht, wenn ein Privatgeschäft, ihm nachfolgt: im letzten Fall vertritt die Lassung, im ersten die Ablieferung des Zuschlagsprotocolls die Stelle der gemeinrechtlichen pag. 6.
Tradition.

§ 14. 15. 23 der Erbe- u. Handf.-Ordn.

Die Frage, an wen jene Ablieferung bei öffentlichen Verkäufen erfolgen müsse, wird in § 15 und 16 dahin beantwortet, daß sie an den Käufer zu geschehen habe, und daran ward durch § 17, wo der Ausdruck „Erwerber des Eigenthums" gebraucht ist, nichts geändert, da der allgemeinere Ausdruck hier um des-

Digitized by Google

willen nothwendig wurde, weil in dem Vorhergehenden auch der gerichtlichen Lassung gedacht ist, und diese auch auf anderen Rechtstiteln beruhen kann, als einem Kauf Nun meinen freilich die Imploranten, mit dem Ausdruck „Käufer“ seien, ohne daß
pag. 7. es nöthig gewesen wäre, im Gesetz dieses ausdrücklich auszusprechen, auch die Nachfolger desselben gemeint, was in Betreff der universellen völlig außer Zweifel sei. — Dieses ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr ergiebt sich aus § 18 d., daß in dem Fall, wo mehrere Erben vorhanden sind und ein Grundeigenthum theilen wollen, es einer neuen Abkündigung und Lassung bedarf, was mithin auch auf den Fall zu beziehen sein dürfte, wenn ein Käufer vor Ablieferung des Zuschlagprotocolls versterben sollte. Eben so irrig ist es, wenn die Imploranten in § 25 eine ausdrückliche Anerkennung ihrer Auffassung finden zu können vermeinen. Daß der hier erwähnte abermalige Verkauf eines Grundstücks nicht ein Privat-, sondern nur ein öffentlicher Ver-
pag. 8. kauf sei, ergiebt sich aus dessen Fassung, verb: „auf Gefahr des Käufers zum abermaligen Verkauf gebracht,“ in Verbindung mit § 16 der gewöhnlichen lithographirten Verkaufsbedingungen Der Fall des § ist also eine Ausnahme von der Regel, keine Rechtsübertragung in Betreff von Immobilien ohne Abkündigung; und eine Anwendung auf andere wesentlich verschiedene Fälle erscheint unzulässig. Endlich kommt noch in Betracht, daß die Auslieferung des Zuschlagsprotocolls die körperliche Versinnlichung desjenigen sein sollte, was durch das Höchstgebot bis zum Erlöschen der Kerze materiell seine juristische Vollendung erreicht hatte. In diesem Moment war kein Grund vor-
handen, welcher dem Uebergang des Eigenthums auf diesen
pag. 9. Käufer hätte hinderlich sein können, es bedurfte nur seiner Legitimation nach Außen, und das Erbe- und Handfesten-Amt, welches dem Obigen zufolge schwerlich berechtigt war, die betreffende Urkunde auf Grund fernerer außergerichtlicher Rechtsgeschäfte mit der Wirkung der Eigenthumsübertragung an Dritte auszuhändigen, konnte keinenfalls hiezu für verpflichtet erachtet werden. Denn

1) eine öffentliche Behörde ist nicht dazu da, bloße Privat-

Digitized by Google

acte, die außerhalb ihres gesetzlich bestimmt geregelten Bereichs (§ § 1, 2 der Verordn.) vorfallen, zu berücksichtigen, und denselben durch ihre Acte den Character öffentlichen Glaubens und diejenige Wirkung zu verleihen, welche gesetzlich an einen solchen Act der Behörde geknüpft ist. Ganz in Uebereinstimmung mit dem ersten Titel des zweiten Abschnittes der Erbe- und Handpag. 10. festen-Ordnung sind in § 6 der öffentlichen Verkaufsbedingungen genau und bestimmt die rechtlichen Voraussetzungen bezeichnet, an welche der von der Behörde ausgehende Zuschlag und demnächst auch die Ertheilung des Zuschlagsprotokolls gebunden sein soll. Hiernach hat in dem vorliegenden Fall nur Schlodtmann das Recht von dem Erbe- und Handfesten-Amte als Käufer anerkannt zu werden. Ob er von diesem Rechte Gebrauch machen will, ist seine Sache. Er hat aber nicht die Befugniß, für die Ausübung seines Rechtes der Behörde die Bedingung zu stellen, daß sie auf Grund von Privatgeschäften zwischen ihm und Dritten einem Cessionar das für Schlodtmann bestimmte Zupag. 11. schlagsprotocoll mit der Wirkung aushändige, Jenen zum Eigenthümer zu machen. Auch läßt sich

2) das Erbe- und Handfesten-Amt nicht als eine Person betrachten, welche der dem Schultze cedirten Klage aus dem Kaufgeschäft auf Uebergabe seines Gegenstandes unterworfen wäre. Ursprünglich würde diese Klage ja nur gegen den Verkäufer als abgetretenen Schuldner gerichtet sein, gegen die Behörde also nur deshalb angestellt werden können, weil diese lediglich Bevollmächtigte für die Interessen des Verkäufers und daher auch rechtliche Vertreterin desselben in Ansehung der von ihm, Schultze gegenüber übernommenen Verbindlichkeit zur Tradition resp. zur Auslieferung des Zuschlagsprotocolls sei. pag. 12. Darin liegt aber ebenfalls eine unrichtige Auffassung der rechtlichen Stellung dieser Behörde. Sie nimmt zwar durch ihre gesetzlich bestimmte Thätigkeit unter Anderem auch die Interessen des Verkäufers wahr. Allein sie ist nichts weniger als ausschließlich hiefür bestimmt. Sie ist vielmehr die Fürsorgerin des allgemeinen Interesses, d. h. der gesammten rechtlich begründeten Interessen, welche sich an die Veräußerung einer unbeweg-

Digitized by Google

lichen Sache knüpfen. Nach dieser ihrer Bestimmung muß sie sich streng innerhalb der Sphäre halten, die ihr gesetzlich zugewiesen ist, und kann nicht, wie eine bloße Privatperson und
pag. 13. Bevollmächtigte der rechtlichen Folgen eines unter den Contrahenten gültigen Privatactes unterworfen werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hermann Schaffert zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Johannes Kühtmann daselbst, Klägern jetzt Appellaten, Conventionalstrafe betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 16. Februar 1857 wieder aufzuheben und dasjenige vom 3. November 1856, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, herzustellen sei;

und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 30. März 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

In vorliegender Rechtssache, welche beim Obergericht selbst in erster und in der Revisionsinstanz zu ganz entgegengesetzten
pag. 2. Entscheidungen geführt hat, und schon dadurch sich als eine allerdings nicht zweifellose darstellt, konnte die den Ausgangspunct der Sent. a qua bildende und der gegen Appellanten ergangenen Condemnatoria vornehmlich zu Grunde liegende Auffassung, daß es sich hier nach der formellen Fassung der im klägerischen Briefe vom 25. Novbr. 1849 enthaltenen Pönal-Clausel um ein ganz neues und selbstständiges Versprechen handle, welches unabhängig von dem Dienstcontracte dem Kläger für den Fall, daß Beklagter „sich in Bremen etabliren wollte," auf den überdies nicht einmal als Conventionalstrafe bezeichneten Betrag von 1000 ℛ einen Anspruch gebe, weder in rechtlichem Betrachte von entscheidender Erheblichkeit, noch in factischer Be-
pag. 3. ziehung als zutreffend erachtet werden.

Wie nämlich überhaupt

vgl. v. Vangerow Pandecten § 614 p. 335 u. p. 338 flg.

bei derartigen Pönal-Stipulationen auf die formelle Fassung kein ausschließliches und unbedingtes Gewicht gelegt werden darf, vielmehr auch in dem Falle eines einfachen bedingten Pönal-Vertrags immer dessen Beziehung auf die Hauptobligation festzuhalten ist, deren Erfüllung durch die drohende Aussicht eines Geldverlustes sichergestellt werden soll, so zeigt auch die Correspondenz, mittelst welcher das hier in Frage stehende Dienstverhältniß begründet wurde, obwohl sie nicht vollständig zu den Acten gekommen ist, sowohl den engen Zusammenhang, in welchem die Pönal-Clausel zu dem Hauptvertrage steht, als auch daß auf
pag. 4. die klägerischer Seits beliebte Fassung derselben kein Gewicht gelegt worden ist. Denn einerseits hat sich bis zum Briefe vom

Digitized by Google

25. Novbr. 1849 das zwischen Klägern und Beklagten beabsichtigte Dienstverhältniß noch im Stadium der Unterhandlung befunden; andererseits bezeichnet auch Kläger darin das an Beklagten gestellte Verlangen, wenn er sich in Bremen etabliren wolle, ihm eine Aversionalsumme von 1000 ℛ zu zahlen, ausdrücklich als eine „Bedingung," welche er in Betreff des Engagements seinerseits „noch zu stellen" habe, und erkennt damit deutlich an, daß diese Stipulation eine weitere Modalität des verhandelten Dienstverhältnisses enthalten und einen integrirenden Theil des Haupt-Contractes bilden sollte. Trotz der formell klägerischer Seits beliebten Redewendung lag daher materiell pag. 5.
die Sache so, daß Kläger vom Beklagten neben und mit der Zusage, als Commis in sein Geschäft einzutreten, auch noch das Versprechen verlangte, sich bei etwaiger Auflösung dieses Dienstverhältnisses nicht in Bremen etabliren zu wollen, und daß er nur die Erfüllung dieser letzteren Neben-Verbindlichkeit durch die bedungene Aversionalsumme verstärken und sicherstellen wollte. Diese Auffassung des eigentlichen Sinnes und Zweckes jener Pönal-Stipulation gewinnt auch eine Unterstützung durch den klägerischen Brief vom 16. Januar 1855, worin Kläger die früher getroffene Abrede, wenn schon unter irrthümlicher Miterstreckung auf den Fall, daß Beklagter als Commis oder Associé in ein Bremer Buchhändlergeschäft eintreten würde, dahin referirt, es habe sich derselbe verpflichtet gehabt „sich hieselbst nicht zu pag. 6.
etabliren . . . ., im Uebertretungsfalle (aber) . . . . eine Aversional-Summe von 1000 ℛ zu vergüten" übernommen. Hiernach könnte es, zumal überhaupt eine rein buchstäbliche Interpretation solcher Zusagen von Conventionalstrafen bedenklich erscheinen muß, in keiner Weise gerechtfertigt erscheinen, wollte man bei Beurtheilung des hier streitigen Abkommens lediglich bei dessen Fassung und Wortlaut stehen bleiben, und gänzlich absehend von den aus der Natur des Hauptgeschäfts, oder aus der Art seines Abschlusses, oder aus den sonstigen concreten Umständen sich ergebenden Intentionen der Parteien, die Frage, ob die Strafe als verfallen erachtet werden könne, lediglich davon abhängig machen, daß die Clausel ihrer Wortfassung nach einen so um- pag. 7.

Digitized by Google

fänglichen Sinn habe, bei welchem an sich die Bedingung auch unter den in concreto gegebenen Verhältnissen sich füglich als eingetreten ansehen lasse.

Nun weiset allerdings

1) der Ausdruck „sich etabliren“ sowohl seiner etymologischen Herleitung nach, als auch nach dem (bei ermangelndem Nachweise eines speciell Bremischen Sprachgebrauchs und bei brieflich zwischen Bremen und Stettin erfolgtem Abschlusse des Dienstcontracts allein in Betracht kommenden) gemeingewöhnlichen Sinne

vgl. auch Maurenbrecher Deutsch. Privat-Recht § 633.

1. Ausg.

Brinkmann Hand. Recht § 22.

zunächst und zumeist auf den Gegensatz hin, der zwischen der
pag. 8. mehr zeitweiligen und untergeordneten kaufmännischen Thätigkeit, wie sie an einem bestimmten Orte durch das Dienstverhältniß als Commis oder Disponent gewonnen wird, und zwischen der commerciellen Selbstständigkeit besteht, welche der Principal durch Leitung eines für eigene Rechnung gehenden kaufmännischen Geschäfts gewinnt; und liegt es klar vor, daß für diese letztere, rein persönliche Stellung zu einem Geschäftsbetriebe die Art und Weise gleichgültig sei, wie Jemand zum Prinzipale wird, ob durch Begründung eines neuen Geschäfts oder durch Erwerb von resp. Mitbetheiligung an einem schon bestehenden.

Indessen ist doch

2) diese persönliche Stellung commercieller Selbstständigkeit mehr nur Folge und Ausdruck der rechtlichen Beziehungen, in
pag. 9. welchen Jemand zu einem kaufmännischen Geschäft als dessen Alleininhaber oder Theilnehmer steht, als daß in dem bloßen Ausscheiden aus untergeordneten Dienstverhältnissen der äußere objective Act der kaufmännischen Etablirung gefunden werden könnte. Vielmehr erfordert diese auch, daß ein Handels-Etablissement in dem Sinne entstehe, wo es die Eröffnung eines Handels-

Digitized by Google

und Geschäfts-Locals als des örtlichen Mittelpunktes des gesammten commerciellen Betriebes bezeichnet.

vgl. Mittermaier Deutsch. Priv. Recht 6. Ausg. § 532 p. 679 sub I.

Beseler Deutsch. Priv. Recht Th. III p 263. sub II.

Thöl Hand. Recht Th. 1 § 19.

Indem nun, abgesehen von Begründung ganz neuer Geschäfte, durch die personelle Etablirung, d. h. durch den Eintritt in die pag. 10.
Classe der Geschäfts-Principale, an dem bisherigen objectiven Bestande der betreffenden Geschäftsbranche an einem bestimmten Orte nichts sich ändert, wird es, vollends bei Ladengeschäften, wie Sortiments- und Antiquariats-Buchhandlungen, doch wieder bedenklich, im vorliegenden Falle jene allgemeine und umfassende Bedeutung von „sich etabliren" zu Grunde zu legen, und den vom Beklagten der fraglichen Clausel vindicirten engeren Sinn als mit dem klaren Wortlaute unvereinbar zu erklären. Dazu kommt noch

3) daß die Parteien darüber einverstanden sind, es habe die Clausel obwohl ganz generell auf ein „sich etabliren" lautend, doch nur auf buchhändlerisches Etablissement sich bezogen. Denn mag auch, daß ein in einer ähnlichen Branche längere Zeit pag. 11.
thätig gewesenes und dadurch mit den commerciellen Connexionen und Geheimnissen des Geschäfts vertraut gewordenes Individuum fortan eine persönliche Mit- und Einwirkung für und auf den Betrieb eines bisher schon bestandenen Concurrenz-Geschäfts üben würde, für sich allein schon bei den meisten Zweigen des kaufmännischen Betriebs dem bisherigen Principal gleichen und selbst noch größeren Nachtheil bringen können, als die Gründung eines ganz neuen Etablissements, so steht doch bei dem Buchhandel, nach dessen inneren Eigenthümlichkeit überhaupt, insbesondere aber nach der in Deutschland seit alter Zeit bestehenden besonderen Organisation desselben eine Gefährdung der für bestimmte Orte und Gegenden bereits existirenden Etablissements in ihrer pag. 12.
Geschäftsthätigkeit und in ihren pecuniären Interessen weit mehr von einer Vermehrung der Buchhandlungen selbst, als davon

Digitized by Google

zu befürchten, daß für die Geschäftsführung andere Personen als bisher, und solche, die in dortigen Buchhandlungen früher gearbeitet haben, in beihülflicher oder leitender Weise thätig werden. Für die Festhaltung des dem Worte „sich etabliren“ allerdings nicht abzusprechenden umfassenden Sinnes wird daher vorliegend auch dies nicht geltend gemacht werden können, daß in anderen Branchen ähnliche Stipulationen von so ausgedehnter Bestimmung und Wirkung, als Kläger der von ihm gestellten Clausel vindicirt, häufig vorkommen. Dies ist um so weniger möglich, als solche Stipulationen sonst auch darauf gerichtet zu
pag. 13. werden pflegen und im Hinblicke auf die nach dem Obigen aus bloß untergeordneter Thätigkeit der bisherigen Geschäfts-Angehörigen für Andere dem Prinzipale drohenden Nachtheile fast gerichtet sein müssen, sogar in der Eigenschaft bloßer Commis, und Disponenten der Uebertritt in Concurrenz- oder ähnliche Geschäfte des Platzes zu verhindern oder doch zu erschweren, nun aber Kläger vorliegend selbst nicht mehr bestreitet, daß er, einer derartigen Betheiligung des Beklagten an dem Heyse'schen oder einem anderen Bremer Geschäft zu begegnen, weder bei jener Stipulation die Absicht gehabt habe, noch das Recht aus derselben würde ansprechen können.

Zu diesem Allen kommt ferner

4) die Art und Weise, wie Kläger in seinem Briefe vom 25. Novbr. die durch gedachte Clausel noch hinterhergestellte Contracts-Bedingung als unverfänglich darzustellen und näher zu motiviren gesucht hat. Denn wäre seine Absicht dahin gegangen, jede Möglichkeit einer buchhändlerischen Prinzipalschaft dem Beklagten für Bremen gänzlich abzuschneiden, mindestens für sich selbst unschädlich zu machen, so hätte er weder die Bedingung einer so bedeutenden Summe als etwas, was den Beklagten „durchaus nicht geniren,“ also in seinem berufsmäßigen Fortkommen und pecuniären Interesse auf keine Weise beeinträchtigen solle und werde, bezeichnen können; noch hätte er des Beklagten Rückäußerung, er gehe auf die Bedingung ein, da es „ein Mirakel“ sein würde, wenn er sich dort etabliren wollte, als volles Einverständniß auffassen dürfen, indem dieselbe hinlänglich

zu erkennen gab, wie Beklagter nur ein nach dem gewöhnlichen pag. 15.
Laufe der Dinge durch eigenen Entschluß und durch die zu seiner Verfügung stehenden Mittel herbeizuführendes Etablissement als eine Unmöglichkeit ansehe. Andererseits ist Kläger jetzt geständig, daß die Schlußworte seines Briefes, er stelle wegen unangenehmer Erfahrungen seit 1½ Jahren bei jedem Engagement jene Bedingung, auf das Löning'sche Etablissement sich bezogen hätten, bei welchem es sich um die Begründung einer neuen Buchhandlung durch einen bis dahin in Klägers Diensten stehenden Commis handelte. Freilich will Kläger dies jetzt zu Gunsten der von ihm der Clausel gegebenen Deutung wenden, weil erst, nachdem Löning jenes neue Geschäft schon begründet gehabt, ein anderer Commis seiner Buchhandlung, Namens Danziger, in jenes pag. 16.
als Theilhaber eingetreten sei, und behauptet Kläger, daß er gerade Beides durch eine möglichst umfassende Stipulation für die Zukunft habe verhindern wollen, und sich deshalb jenes, auch den Uebertritt in andere Geschäfte mit begreifenden Ausdrucks „sich etabliren" bedient hätte. Allein abgesehen davon, daß noch nicht constirt, ob Danziger wirklich als Socius, und nicht, wie Beklagter angiebt, als bloßer Procurist sich an dem Löning'schen Geschäft betheiligt habe, wird gerade, weil Kläger die mehreren jetzt in Streit befangenen Fälle einer Etablirung vor Augen hatte, und auch dann, wenn keine neue Buchhandlung vom Beklagten errichtet wurde, auf die Aversionalsumme von 1000 Rt sich einen Anspruch sichern wollte, um so unbedenklicher gegen ihn, von welchem die Aufstellung der streitigen Bedingung pag. 17.
ausging, der Satz zur Anwendung kommen können, daß er clarius loqui debuisset, und davon auszugehen sein, daß Beklagter nicht in einem weiteren Umfang eine Verbindlichkeit habe übernehmen wollen und übernommen habe, als Einverständniß beider Theile mit voller Sicherheit vorliegt, an dem es bezüglich des Falles, auf welchen Kläger die Clausel jetzt zur Anwendung bringen will, fehlt. In dieser Beziehung ist endlich

5) auch noch Gewicht zu legen auf die Art und Weise, wie hier der Uebergang der Heyse'schen Buchhandlung auf Beklagten herbeigeführt ist. Obschon nämlich dieselbe auf den

Digitized by Google

Beklagten bereits vor dessen Ehelichung ihrer Besitzerin, Inhalts
pag. 18. der dem Handelsgericht unterm 3. Novbr. 1855 gemachten Anzeige, übertragen worden ist, und obwohl formell für ihn diese Uebertragung den eigentlichen Erwerbsact bildet, so liegt doch materiell der Titel des Erwerbs, wie auch Kläger selbst nach Fassung der Citation anerkannt hat, eben nur in der Heirath, vor deren Abschluß der in Folge des dortigen ehelichen Güterrechts zu erwartende Geschäfts-Eintritt Beklagtens bloß in jene Form gekleidet und anticipando zur Kunde gebracht worden ist. Der fragliche Uebergang der Heyse'schen Handlung auf Beklagten ist also, hätte man auch im Allgemeinen in solchem Uebergange ein „sich etabliren" zu finden, nicht sowohl Ausführung und Bekundung eines auf Gewinnung commercieller Selbstständigkeit direct und einseitig gefaßten Entschlusses des Beklagten, wobei er nur eine gerade damals sich zufällig durch das Verkehrsleben darbietende Erwerbs-Gelegenheit für Verwendung der ihm zu Gebote stehenden selbsteigenen Mittel und Hülfsquellen benutzt hätte; er ist vielmehr bedinglich gesetzliche Folge eines anderen, weder von der Pönal-Clausel direct betroffenen, noch überhaupt dem Gebiete des Geschäftsverkehrs angehörigen, und dabei seiner Begründung nach dem Einflusse einseitigen Beliebens so gut wie ganz entzogenen Rechtsverhältnisses, für dessen Eintritt es sowohl Klägern wie Beklagten in gleicher Maaßen an jeder voraussichtlichen Wahrscheinlichkeit fehlte. Mag man daher auch Bedenken tragen, die vom Kläger beliebte Fassung der Clausel: „wenn Sie sich hier am Platze
pag. 20. etabliren wollen" dahin zu seinen Ungunsten zu urgiren, daß er selbst bei Aufstellung jener Bedingung nur an eine solche Etablirung des Beklagten gedacht habe, welche auf dessen beliebigem Entschlusse basirte und durch einseitiges Können und Vermögen desselben sich realisiren ließe, so liegt doch der hier in Frage stehende Erwerb einer Buchhandlung ganz außerhalb des gewöhnlichen Laufs der Dinge, auf welchen in dubio jedes Abkommen, vollends aber eine Pönal-Stipulation für berechnet wird erachtet werden müssen. Darnach würden denn, selbst wenn die der Clausel vom Kläger vindicirte umfassende Bedeutung

Digitized by Google

nach dem Wortſinne ſowie Inhalts der über den Dienſtcontract gepflogenen Correſpondenz und den ſonſt gegebenen Umſtänden nach minder verwerflich wäre, als ſie es in der That iſt, wenigſtens für den hier ſpeciell vorliegenden Fall der Erheirathung eines buchhändleriſchen Geſchäfts die gegründetſten Bedenken dem pag. 21.
entgegenſtehen, die klägeriſchen Anſprüche für gerechtfertigt anzuerkennen.

Solchergeſtalt war, und zwar ohne daß, worauf die eventuellen Beſchwerden des Beklagten gerichtet ſind, über Sinn und Abſicht der ſtreitigen Clauſel zu Freilaſſung eines Beweiſes für Klägern oder Beklagten Anlaß gegeben ſcheinen könnte, in Gemäßheit des beklagtiſchen Grav. I., wie in erſter Inſtanz geſchehen, die erhobene Klage abzuweiſen, auch trotz der Zweifelhaftigkeit der Sache, da dieſe im § 305 der Ger. Ordn. als Compenſations-Grund nicht anerkannt iſt, nur für die vorige und jetzige Inſtanz wegen Wechſel der Entſcheidung auf Koſtenvergleichung zu erkennen, für die erſte Inſtanz dagegen bei der Regel des § 501, daß der unterliegende Theil die Koſten zu tragen habe, ſtehen zu bleiben und auch in dieſem Punkte das pag. 22.
erſte Urtheil des Obergerichts wieder herzuſtellen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzliſt,

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Carl Winter zu Heilbronn, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Carl Heinrich Gottlieb Reimer zu Bremen, Klägern jetzt Appellaten, wegen Forderung, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 18. Mai 1857, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei, und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 24. April 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Brubn, Kanzlist,**
Loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hat in gegenwärtiger Instanz seine bereits in der vorigen aufgestellten Beschwerden im Wesentlichen wieder-
pag. 2. holt. Dieselben betreffen

A, die Art und den Umfang der von ihm in dem Documente vom 24. September 1844 gegen Reimer übernommenen Verbindlichkeiten. In dieser Beziehung verlangt der Beklagte

1) gänzliche Abweisung der Klage, indem er von der Ansicht ausgeht, in dem obengedachten Documente habe er sich dem Kläger gegenüber nur zu den Leistungen verpflichtet, welche ihm als stillem Gesellschafter von Wechsler gegen Diesen obgelegen hätten. Die Grundlage für diese Auffassung bilden die Anfangsworte des Documentes, in denen vor dem Worte „Theilhaber" das Wort „stiller" aus Versehen ausgelassen sei und jedenfalls hinzugedacht werden müsse. Es läßt sich jedoch nicht verkennen,
pag. 3. daß der Beklagte, wenn seine Absicht dahin gegangen wäre, nur in Betreff seiner Verpflichtungen als stiller Gesellschafter in ein directes Verhältniß zu dem Kläger zu treten, sich anders ausgedrückt haben müßte, und zwar entweder dahin, daß der Umfang seiner Verpflichtungen gegen Wechsler für die neu übernommene Verbindlichkeit maaßgebend sein solle, oder so, daß er für seine bestehenden Verbindlichkeiten gegen Wechsler den Reimer als zweiten Gläubiger anerkannt hätte. Wie die Worte gegenwärtig lauten, so kann auf Grundlage der grammatischen Erklärung nur der Sinn in ihnen gefunden werden, welchen der Kläger in dem gegenwärtigen Rechtsstreite vertritt, — die Ge-
pag. 4. nehmigung und Uebernahme der sämmtlichen von Wechsler in dem Documente vom 29. Januar 1844 anerkannten resp. eingegangenen Verbindlichkeiten, ohne alle Bedingung und ohne alle

Digitized by Google

Beschränkung. — Wenn der Beklagte im Eingange des Documentes seine Eigenschaft als Theilhaber der Wechsler'schen Firma hervorhebt, so ist eine derartige Bezeichnung bei Ausstellung von Erklärungen wie die vorliegende, etwas ganz Gewöhnliches und deutet nichts weiter an, als die Beziehung, in welcher sich der Aussteller zu der fraglichen Angelegenheit befinde, und wodurch er zur Abgabe der Erklärung veranlaßt sei. Es liegt aber darin überall kein Grund, die abgegebene Erklärung selbst als eine vermöge dieser Eigenschaft an eine bestimmte Beschränkung gebundene aufzufassen. Dieselbe bleibt vielpag. 5.
mehr dessen ungeachtet eine allgemeine und unbeschränkte und ist dahin zu paraphrasiren: „da ich stiller Gesellschafter bin, so finde ich darin Veranlassung, dem Reimer als Gläubiger der Firma gegenüber die Verbindlichkeiten des Wechsler zu genehmigen und auch meinerseits zu übernehmen."

Diese grammatische Erklärung, wonach das Document sich als eine Bürgschaft für Wechsler's Verbindlichkeiten herausstellt, wird übrigens nicht unerheblich dadurch unterstützt, daß nach solcher das Document einen practischen Inhalt enthält. Die Vorschüsse Reimer's an Wechsler wurden bedeutender, sein Zutrauen zu dessen Zahlungsfähigkeit vermindert und es kam daher für ihn darauf an, durch eine Bürgschafts-Uebernahme sich sicher zu stellen, welche der stille Gesellschafter übernommen pag. 6.
hat. Wollte man dagegen den Sinn der Urkunde dahin verstehen, es sei die Absicht des Beklagten nur gewesen, mit demjenigen, wozu er als stiller Gesellschafter dem Wechsler verpflichtet war, sich dem Kläger, einem Gläubiger der Handlung, direct zu verbinden, so möchte ein derartiger Inhalt der Obligation für Diesen von einer so untergeordneten Bedeutung sein, daß kaum anzunehmen stände, er werde sich die Mühe gegeben haben, um deswillen ein besonderes Document ausstellen zu lassen.

Der Beklagte verlangt sodann eventuell

2) zu dem Beweise, daß der von ihm behauptete Sinn des Documents nach beiderseitigem Einverständniß dessen Inhalt gepag. 7.
wesen sei, zugelassen zu werden. — Allein abgesehen davon, daß eine derartige Behauptung sich erst in der Rechtsmittel-

Digitized by Google

Instanz findet und mithin verspätet ist, so kann auch bei der dem Vorstehenden zufolge anzunehmenden ausreichenden Klarheit der übernommenen Verpflichtung die nackte Behauptung eines abweichenden Willens der Parteien nicht für geeignet erachtet werden, den Inhalt einer Beweisnachlassung zu bilden; es würde zu dem Ende eine nähere Begründung erforderlich gewesen sein, mittelst welcher der Richter in den Stand gesetzt wäre zu prüfen, wie es gekommen sein könne, daß ungeachtet der abweichenden Absicht der Parteien die klaren entgegenstehenden Worte als Inhalt der Verpflichtung angegeben seien.

pag. 8. Vergl. Bremer Sache Wagner c. Winckelmann und v. Tungeln 1843.

3) Die fernere eventuelle Ansicht des Beklagten, er hafte dem Kläger aus dem Document nur als offener Gesellschafter, und als solcher nach dem damaligen Rechte in Bremen weder für die vor seinem Eintritt in die Gesellschaft vorhandenen Verbindlichkeiten derselben, noch für mehr als seine Rate, findet ihre Widerlegung schon in demjenigen was unter Nr. 1 als Inhalt des Documentes entwickelt worden ist, und keinenfalls erscheint es zulässig, dessen Anfangsworte in dem Sinne zu deuten, als hätte der Beklagte, bis dahin stiller Gesellschafter, durch jene Anfangsworte eine neue Stellung einnehmen und die über-
pag. 9. nommenen Verbindlichkeiten hiernach reguliren wollen. Eben so wenig konnte dem Beklagten desfalls ein Beweis nachgelassen werden, und einer Untersuchung des Inhaltes des Bremischen Rechts vor der Verordnung vom 5. Juli 1854 bedarf es demnach überall nicht.

Anlangend sodann

B., die selbst noch in jetziger Instanz der Ausführungen in den Gründen zum vorigen Urtheil und der Erläuterungen des Klägers zu der in dem verbesserten Conto-Courant aufgestellten Berechnung ungeachtet, wiederholten Einwendungen wider den Zinsen-Anspruch, so sind dieselben formell und materiell gänzlich unbegründet. Der Beklagte hatte in erster Instanz ausdrücklich erklärt, er wolle statt einer Litiscontestation auf den berichtigten

Digitized by Google

Conto-Courant, auf die Erklärungen des Concurs-Curators Bezug nehmen und die in dem Concurse zu Gunsten des Klägers ergangenen Erkenntnisse nicht anfechten. Nun sind aber in dem Concursverfahren sämmtliche Posten des berichtigten Conto-Courants und auch die Zinsen zu 5% bis zum eröffneten Concurse von dem Curator anerkannt und von dem Concursgerichte dem Kläger zugesprochen worden. Namentlich ist in [79] der Saldo von 8745 Rß 29 ßr, womit der jetzige Conto-Courant anfängt, auf Grund ausdrücklichen Zugeständnisses des Curators als Capitalforderung anerkannt, und sind davon 5% Zinsen zuerkannt worden. Die weitere Verzinsung seit eröffnetem Concurse versteht sich aber für den Bürgen von selbst, indem nach § 160 der Erbe- und Handfesten-Ordnung der Zinsenlauf nur in Beziehung auf die Masse sistirt wird. — Allein auch materiell waren die Einwendungen zu verwerfen. Der genannte Saldo ist der einzige Posten, in welchem frühere Zinsrückstände mit enthalten sind, und bei welchem also die Frage von Zinses-Zinsen entstehen könnte. Denn in dem Conto-Courant sind nur von diesem Saldo und den weiteren Capital-Vorschüssen einfache Zinsen berechnet und ist nirgends ein neuer Saldo mit Einschluß von Zinsrückständen gezogen. Jener erste Saldo datirt aber vom 7. Mai 1845, also wenige Tage nach Wechsler's Tode, bis wohin die Geschäftsverbindung zwischen Kläger und Wechsler fortlief, und ein Geldwechsler wie der Kläger, ist bei solchen laufenden Geschäften unzweifelhaft berechtigt, das Schlußergebniß seiner Vorschüsse nebst Zinsen als neuen verzinsbaren Saldo festzustellen. Sodann ist die Höhe der Zinsen, 5%, nur die gewöhnliche und kann daher, da Beklagter soweit Wechsel in Frage stehen sollten, keinen niedrigeren Disconto nachgewiesen hat, nicht beanstandet werden. — Von einem unzulässigen alterum tantum endlich kann keine Rede sein, da nicht die Zinsen bis zur Höhe des Capitals fortgelaufen, sondern nur die Capitalbeträge früher als die Zinsforderung durch Abschlagszahlungen vermindert sind, indem nach § 160 cit. nur das Capital mit einem kleinen Theile Zinsen aus der Concursmasse gezahlt werden konnte. — Auch waren die gedachten Zinsenbeträge im Bei-

pag. 10.

pag. 11.

pag. 12.

Digitized by Google

pag. 13. halt der Ausführungen unter A, 3, dem Beklagten nicht bloß zur Hälfte, sondern zum Vollen in Rechnung zu bringen.

Die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz bedarf keiner Rechtfertigung.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Carl Winter Ehefrau zu Heilbronn, Klägerin und Intervenientin, jetzt Appellantin, wider ihren Ehemann daſelbſt, Beklagten und Interventen, und wider Carl Heinrich Gottlieb Reimer in Bremen, Interventen, jetzt Appellaten, zur Sache des Letzteren, Klägers, wider Carl Winter, Beklagten, ſodann die Obergerichtscanzlei, Adcitatin, Forderung in die Ehe gebrachten Vermögens betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache ſelbſt aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanſeſtadt Bremen vom 18. Mai 1857, wie hiemit geſchieht, unter Verurtheilung der Appellantin in die Koſten gegenwärtiger Inſtanz, zu beſtätigen ſei; und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 26. April 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn, Kanzliſt,**

Loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Die Beschwerden der Intervenientin waren insgesammt zu verwerfen. Daß ihr nach dem Rechte von Bremen wegen ihres Eingebrachten kein Vorzugsrecht vor der Forderung Reimers zustehe, bedarf keiner weiteren Ausführung. Eben so wenig aber bedarf die Frage einer Entscheidung, ob im vorliegenden Fall das Recht von Bremen oder von Würtemberg zur Anwendung komme, sobald sich herausstellen sollte, daß auch nach dem Rechte von Würtemberg der Intervenientin die von ihr für die Priorität in Bezug genommenen gemeinrechtlichen Privilegien wegen ihres Eingebrachten nicht zustehen. Daß ihr in einem Fall der vorliegenden Art ein Vindicationsrecht schon gemeinrechtlich nicht zu Statten komme, ergiebt sich aus

l. 26. 27. D. de jure dot. 23. 3.

pag. 3. l. 12. C. eod. 5. 12.

vgl. Puchta Pand. § 149 not. p. § 417 not. o.

Ihr privilegirtes Pfandrecht aber ist in Würtemberg durch das Pfandgesetz vom 15. April 1825.

Reyscher Samml. der Würtemb. Gesetze Bd. 7. Abth. 2 Nr. 1277. S. 1249—1319.

aufgehoben. Nach diesem Gesetz nämlich

Art. 1. Abs. 2.

zerfällt das Pfand in Unterpfand und Faustpfand. Dem Art. 2. zufolge kann ein Unterpfand nur mittelst Eintragung in das Unterpfandbuch bestellt werden, und nach Art. 3 sind Gegenstand einer solchen Bestellung nur unbewegliche Sachen, Rechte welche den Immobilien gleich stehen, und bewegliche Dinge, als Zugehörungen von Immobilien, so lange sie diese Eigenschaft haben.

pag. 4. Forderungen dagegen, sie mögen durch Unterpfänder gesichert sein oder nicht, können nur Gegenstand eines Faustpfandes sein.

Digitized by Google

Da nun nach Art. 28. den Ehefrauen in Ansehung ihres gesammten Vermögens nur ein gesetzlicher Pfandrechts-Titel auf das unbewegliche Vermögen ihres Ehemannes zusteht, ein Titel, von welchem auch in dem von der Intervenientin producirten Auszug aus dem Privat-Beibringungs-Inventar [12] offenbar die Rede ist, indem die Ehefrau daselbst vorerst auf unterpfändliche Sicherheit verzichtet hat, so folgt daraus von selbst, daß an den Mobilien und Forderungen des Mannes einer Ehefrau die gemeinrechtlichen Privilegien nur unter der Voraussetzung noch zustehen, daß sie an denselben ein Faustpfand erworben hätte. In dieser Beziehung fehlt es jedoch im vorliegenden Falle ganz und gar an den desfallsigen gesetzlichen Erfordernissen. pag. 5.
Zur Bestellung eines Faustpfandes gehört nach Art. 246 die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde mit Bezeichnung der Forderung und des verpfändeten Gegenstandes. — Außerdem wird nach Art. 245 die Uebergabe der Sache an den Gläubiger zur gültigen Errichtung erfordert, und nach Art. 248 vertritt bei Verpfändung einer Activ-Forderung die Einhändigung der Urkunde, mit welcher die Forderung bewiesen wird, die Stelle der körperlichen Uebergabe; und überdies ist dem Schuldner des Verpfänders von dieser Verpfändung Anzeige zu machen. Diese sämmtlichen Erfordernisse liegen nun in Betreff der dem Winter von Wechsler ausgestellten beiden Obligationen nicht vor und allem Obigen zufolge hat die Intervenientin auf Grund eines pag. 6.
Pfandrechts nach dem gedachten Würtembergischen Gesetze keinen Vorzug vor der Forderung Reimer's.

Da nun die in dem obgedachten Gesetze aufgestellten Normen nach

Reyscher Würtemb. Privatr. 2te Aufl. B. 2.
Tübingen 1847

jedenfalls zu der Zeit, wo die Ehe der Intervenientin mit Winter zum Abschluß gelangte, am 14. December 1813, zur Anwendung kommen, von derselben aber neue Gesetze, durch welche jene Normen — selbst für die Vergangenheit — außer Anwendung gesetzt wären, nicht genannt sind, so mußte es sogar für unstattnehmig erachtet werden, auf Grund der vierten even-

Digitized by Google

tuellen Beſchwerde der Intervenientin den Beweis nachzulaſſen,
pag. 7. daß ihr nach dem in ihrem Wohnſitz geltenden Rechte das beanſpruchte Vorzugsrecht wirklich zuſtehe.

Bei dieſem Ergebniß bedurften die Fragen ob das Einbringen erwieſen und der Ehemann Winter dürftig ſei, keiner Prüfung, und die Verurtheilung der Intervenientin in die Koſten jetziger Inſtanz war eine Folge der Grundloſigkeit des von ihr ergriffenen Rechtsmittels.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzliſt.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Alt- und Jungmeiſter des Tiſchleramts zu Bremen, Kläger jetzt Appellanten, wider den Zimmermeiſter Carl Poppe daſelbſt, Beklagten jetzt Appellaten, Eingriffe in die klägeriſchen Amtsprivilegien betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache ſelbſt aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanſeſtadt Bremen vom 20. April v. J. wie hiemit geſchieht, unter Verurtheilung der Kläger in die Koſten gegenwärtiger Inſtanz, zu beſtätigen ſei.

Und wird die Sache nunmehr an das Gewerbegericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 30. April 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzliſt.

Loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

Die vorigen Gerichte nehmen übereinstimmend an, daß
pag. 2. nach § 7 im vierten Abschnitte des im Jahre 1771 zwischen dem Zimmer- und dem Schreiner-Amte abgeschlossenen Vergleichs

U. Ger. Act. [2] p. 17.

die Verfertigung von „Windeltreppen", ohne Unterschied des Orts, wo dieselben vorkommen, dem Zimmer-Amte dessen Angehöriger Beklagter ist, gestattet, sowie daß die Treppen in dem neuen Hause des Beklagten in deren Herrichtung durch den letzteren die Kläger einen Eingriff in ihre Amtsprivilegien finden, Windeltreppen seien; und haben deshalb die Kläger mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten des Verfahrens abgewiesen.

I. Gegen die gedachte Auslegung des § 7 cit., dessen Wortlaut folgender ist:

pag. 3. „Im Fall auch die Windeltreppen, es sei nun oder fürs Künftige gebraucht werden möchten, verbleibt zwar deren Verfertigung an sich selbst gemeinschaftlich, jedoch verpflichtet sich das Zimmer-Amt freiwillig, nur solche Windeltreppen allstets mit schlichter Bekleidung verfertigen zu wollen"

haben Kläger ihre erste Beschwerde gerichtet.

A. Sie sind der Ansicht, daß jener § mit dem von Keller-Treppen handelnden § 6 in Verbindung zu bringen, und sonach ebenfalls nur von Kellertreppen zu verstehen sei, wonach dessen wahre Bedeutung die sein würde, daß während das Zimmer-Amt zur Verfertigung von Kellertreppen im Allgemeinen

Digitized by Google

unbedingt berechtigt wäre, es Kellertreppen in der Form
von Windeltreppen nur mit ſchlichten Bekleidungen verfertigen pag. 4.
dürfte. Dies Verſtändniß hat die ganze Haltung des betreffenden Abſchnittes des Vergleichs gegen ſich. Ein jeder § behandelt ſeinen Gegenſtand ſelbſtſtändig. Wenn in Betreff einer für gemeinſchaftlich erklärten Treppen-Gattung dem Zimmer-Amte eine beſondere Beſchränkung auferlegt wird, ſo geſchieht dies in eben dem §, welcher die Gemeinſchaftlichkeit ausſpricht (§§ 2, 3, 8.) und wenn Beſtimmungen aus dem vorhergehenden in den folgenden § herübergenommen werden ſollen, ſo wird zu dieſem Zwecke auf jenen § ausdrücklich Bezug genommen (§§ 3, 4, 5.). Hätte man alſo Nichts gewollt, als dem Zimmeramte in Betreff der Verfertigung von Kellertreppen, inſofern dieſelben Win- pag. 5.
deltreppen ſeien, eine Beſchränkung auflegen, die zudem gerade bei Kellertreppen ohne erhebliche practiſche Bedeutung iſt, ſo würde dies durch einen Zuſatz in § 6 geſchehen, oder wenigſtens in den § 7 eine beſtimmte Hinweiſung auf den vorhergehenden § aufgenommen worden ſein. Da dies nicht geſchehen, hat man im § 7 eine ſelbſtſtändige, alle Windeltreppen umfaſſende Beſtimmung ſo lange zu ſuchen, als nicht dringende ſonſtige Gründe zu einer reſtrictiven Auslegung nöthigen.

1) Den nächſten Grund für eine ſolche finden Kläger in dem Wörtchen „auch“. Allein dies kann ebenſowohl den Zuſammenhang mit der Geſammtheit der vorhergehenden §§ (1— pag. 6.
6) als den mit § 6 in specie anzudeuten beſtimmt ſein.

2) Kläger behaupten ſodann, daß nur bei ihrem Verſtändniſſe des § 7 eine logiſche Ordnung in der Reihenfolge der einzelnen §§ hervortrete, bei der Auslegung der vorigen Gerichte aber dieſe Ordnung eine ganz unmotivirte Störung erleide. Denn nachdem in §§. 1—6 die Treppen, je nach dem Orte ihres Befundes von einander unterſchieden ſeien, würde in § 7 ein ganz anderes Unterſcheidungsmoment — die Conſtructionsart — dazwiſchen geworfen, in § 8 aber wieder zu jener früheren Unterſcheidungsnorm zurückgekehrt ſein. — Allein es fehlt, wenn man den § 7 auf Windeltreppen überhaupt bezieht, nicht an einer, wenn auch nicht ſtreng logi- pag. 7.

Digitized by Google

schen, doch ganz natürlichen Reihenfolge der einzelnen §§. Die §§ 1–6 behandeln die Treppen von gewöhnlicher Construction (mit Wangen- und geraden resp. Wendungs-Tritten) und weisen diese je nach Verschiedenheit der Localität bald dem Schreiner-Amte ausschließlich, bald beiden Aemtern gemeinschaftlich zu; der § 7 wendet sich dann den Treppen von einer besonderen, in jener Zeit schon seltener gewordenen Constructions-Art — den Windeltreppen — zu und erklärt diese ohne Unterschied der Localität für gemeinschaftlich. In § 8 endlich wird noch anhangsweise von den Treppen in Packhäusern gehandelt. Daß hier nur der Etage-Treppen von gewöhnlicher Construc-
pag. 8. tions-Art und weder der Keller- noch der Windel-Treppen Erwähnung geschieht, erklärt sich daraus, daß es in dieser Beziehung bei den allgemeinen Bestimmungen der vorhergehenden §§ sein Bewenden haben sollte. Der Gedankengang ist also der, daß zunächst (§§ 1—6) die Regel aufgestellt, und dann in §§ 7 und 8 zwei Specialbestimmungen von exceptioneller Natur angereihet worden.

3) Kläger berufen sich endlich auf die Inconsequenz, die darin liegen würde, daß — während die §§ 1—5 den Treppenbau der Regel nach dem Schreiner-Amte ausschließlich zuweisen und nur für einzelne Treppengattungen von untergeordneter Bedeutung eine Concurrenz des Zimmer-Amtes verstatten, diese Concurrenz bei den Windeltreppen eine ganz un-
pag. 9. beschränkte sein sollte. Indessen sind die Grenzen zwischen den Befugnissen collidirender Zünfte bekanntlich nicht immer nach bestimmten Principien, sondern unter dem Einflusse eigenthümlicher Verhältnisse und Gewohnheiten festgestellt worden, und enthält namentlich auch § 7 cit. wie sich aus dem Worte „verbleiben“ und der von dem Zimmer-Amte „freiwillig“ übernommenen beschränkenden Verpflichtung ergiebt, nur eine Fixirung resp. Modificirung des Verhältnisses, wie es sich historisch ausgebildet hatte. Sollte daher auch wirklich ein Grundgedanke, welcher die übrigen Bestimmungen beherrschte, in § 7 nicht wieder zu finden sein, so könnte dies doch in keiner Weise berechtigen, das klare Resultat der grammatischen Interpretation

Digitized by Google

dieſes § durch eine willkührliche Combination zu erſetzen. Es kann daher ganz dahingeſtellt bleiben, ob — wie dies vom Be- pag. 10.
klagten nachzuweiſen verſucht iſt — ein ausweichender innerer Grund für die exceptionelle Behandlung der Windeltreppen vorhanden iſt.

B. Eine andere den Klägern günſtige Auffaſſung, welche dieſelben wenigſtens andeuten, würde die ſein, daß man die Beſtimmung in § 7 cit. zwar nicht ausſchließlich auf Kellertreppen, aber doch nur auf ſolche Treppen bezöge, deren Verfertigung in den vorhergehenden §§ (1—6) bereits für gemeinſchaftlich erklärt iſt. Es würde dann geſagt ſein: Wenn ſolche Treppen in der Form von „Windeltreppen“ verfertigt werden, bleiben ſie zwar gemeinſchaftlich, jedoch mit der Beſchränkung für das Zimmeramt, daß dieſes nur ſchlichte Bekleidung anwenden pag. 11.
darf. Für ein ſolches Verſtändniß des § 7 ließe ſich nur das Wort „verbleiben“ geltend machen, dies (resp. „bleiben“) kommt aber in jedem der früheren §§ ebenmäßig vor und hat wie bereits bemerkt, eine bloß hiſtoriſche Bedeutung.

Dem Allen nach erſcheint die Auslegung, welche der § 7 cit. in den früheren Inſtanzen erhalten, vollkommen gerechtfertigt. Es kommt alſo

II. darauf an, ob die Treppen im Hauſe des Beklagten für Windeltreppen zu erachten ſein. Das Gutachten der Sachverſtändigen in [12] der U. Ger. Act. nimmt dies an und die Frage iſt nur, ob bei dieſem Gutachten ſteben zu bleiben, oder ob der zweiten Beſchwerde der Kläger entſprechend ein Gutachten anderer Sachverſtändigen einzuziehen ſei. Dieſe Frage iſt mit dem Obergerichte und aus deſſen Gründen, im pag. 12.
erſtgedachten Sinne zu beantworten. — Was Kläger zur Bekämpfung dieſer Gründe in gegenwärtiger Inſtanz vorbringen, läuft im Weſentlichen darauf hinaus. Eine Mangelhaftigkeit des Gutachtens wegen deren (nach § 288 der Bremer Ger.-Ordn.) eine „Wiederholung des Verfahrens“, alſo unter Umſtänden auch eine ganz neue Begutachtung durch andere Sachverſtändige, eintreten ſolle, ſei auch dann vorhanden, wenn das Gutachten zwar dem Auge des Laien als ein wohl begründetes

Digitized by Google

erscheine, dem Sachverständigen aber dessen Inhalt als ein verwerflicher von vorn herein sich darstelle. Da nun der Richter, als Laie, eine derartige Mangelhaftigkeit wahrzunehmen nicht
pag. 13. im Stande sei, so ergebe sich, daß er auf gehörig motivirten Antrag einer Partei, andere Sachverständige behufs Prüfung der behaupteten Mangelhaftigkeit zuziehen müsse. Einer besonderen Widerlegung wird diese Argumentation nicht bedürfen.

III. In ihrer dritten Beschwerde stellen sich Kläger auf den Standpunkt der vorigen Richter, daß die Verfertigung von Windeltreppen überhaupt beiden Aemtern gemeinschaftlich, und daß die Treppen im Hause des Beklagten Windeltreppen seien, glauben aber selbst von diesem Standpunkte aus durch die Zurückweisung der Klage verletzt zu sein, indem sie nach [19] der U. Ger. Act. auch darüber Beschwerde geführt hätten, daß Beklagter bei Ausführung der Treppen in den De-
pag. 14. tails die Beschränkungen nicht eingehalten habe, denen das Zimmeramt nach Maaßgabe des Vergleichs unterworfen sei. — Auch diese Beschwerde stellt sich indeß, im Wesentlichen aus den Gründen des Obergerichts, als verwerflich dar. Nachdem Kläger ihre Beweisantretung auf die fraglichen speciellen Punkte nicht besonders gerichtet hatten, nachdem diese weder in der den Sachverständigen ertheilten Instruction, noch bei der Augenscheins-Einnahme zur Sprache gekommen waren, konnte es weder als ein Mangel des Gutachtens angesehen werden, daß dasselbe jene Punkte ganz mit Stillschweigen überging, noch konnte es den Klägern gestattet sein, nach bereits beendigtem Productionsverfahren mit factischen Behauptungen hervorzutreten, die eine neue Vertheidigung des Beklagten und erforderlichen-
pag. 15. falls eine wiederholte Beweisaufnahme erheischt haben würden. Selbstverständlich ist es übrigens den Klägern unbenommen, die fraglichen Punkte zum Gegenstande einer neuen Klage zu machen.

IV. Die vierte Beschwerde ist nur consecutiver Natur und erledigt sich mit Verwerfung der übrigen von selbst.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Heinrich Johannes Lampe zu Bremen, als früheren Mit-Inhabers der Firma Lampe, Müller & Febrmann zu Valparaiso, Beklagtens jetzt Appellantens, gegen M. M. Warburg & Comp. in Hamburg, Kläger jetzt Appellaten, betreffend den Saldo aus Consignationsgeschäften, wird den Parteien von dem am 20. Februar d. J. erfolgten Eingang der Voracten Anzeige gemacht, und da die Sache einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 30. Novbr. 1857, wie hiemit geschieht, zu bestätigen und Beklagter in die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu verurtheilen sei

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 29. April 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,
Loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Der Beklagte hat dem von den Klägern gegen ihn erhobenen Anspruche auf Auszahlung des Ueberschusses der von ihren Cedenten Schultz & Wahnschaffe, dem Hause des Beklagten, Lampe, Müller & Fehrmann zu Valparaiso im Jahre 1853 gemachten Consignation per Fortunata, Kuba und John Spencer außer den, theils überhaupt nicht mehr, theils für jetzt nicht in Frage stehenden Einreden der mangelnden Activ- und Passiv-Legitimation im Wesentlichen die Einrede resp. der Zahlung und des unrechten Beklagten opponirt, darauf gestützt, daß das Libellatum dem in den Acten genannten A. Grove, dem Hamburgischen Agenten des Valparaiso-Hauses, für Rechnung der klägerischen Cedenten gezahlt worden sei, und mit libe-
pag. 3. rirender Wirkung in Beziehung auf die Letztere habe gezahlt werden dürfen. Schultz & Wahnschaffe und eventuell deren klagend auftretende Cessionare, hätten sich demnach nur an Grove zu halten, um zu den ihnen etwa Zukommenden zu gelangen. Als Rechtsgrund für die dem Valparaiso-Hause zustehende Berechtigung und resp. obliegende Verpflichtung zu dieser an Grove geleisteten Zahlung hat der Beklagte ein dreifaches Fundament geltend gemacht:

1) die nach seiner Darstellung keines Beweises bedürftige Natur des Verhältnisses, in welchem Jemand der auf Consignationen Vorschuß gebe sich befinde; eventualiter

2) eine in dieser Beziehung im Handel, jedenfalls in den
pag. 4. Beziehungen zwischen Hamburg und Valparaiso bestehende Usanz, und außerdem

3) eine specielle in diesem Falle zwischen den Betheiligten geschlossene Uebereinkunft.

Digitized by Google

Die vorigen Richter haben übereinstimmend das erste Fundament wegen Ungrundes desselben verworfen, dagegen das zweite und dritte alternativ, wenn gleich in etwas abweichenden Fassungen, dem Beklagten zum Beweise verstellt.

Bei der gegen diese Erkenntnisse erhobenen Appellation hat der Beklagte

I. in dieser und in der vorigen Instanz die Prinzipalbeschwerde aufgestellt, daß noch erst auf Beweis erkannt und nicht vielmehr auf Grund des ersten Fundaments seiner Einrede die Klage sofort abgewiesen worden sei. — Hierbei stützt sich der pag. 5.
Beklagte

A. auf die Behauptung, daß Grove, indem er auf oder gegen die Consignationswaaren gegen Einhändigung der Connossemente Vorschüsse geleistet, dadurch an der Waare eventuell an der Forderung auf den Erlös, ein Pfandrecht erlangt habe, so daß, nachdem die Waare verkauft gewesen, ein pignus nominis vorgelegen habe; daß ferner mit der oppignoratio nominis die Wirkung einer Cession verbunden sei, und daß daher Lampe, Müller & Fehrmann, nachdem Grove denselben Connossemente übersandt und Schultz & Wahnschaffe ihnen angezeigt, daß letzterer ihnen $^2/_3$ Vorschuß gegeben, nur diesem Letzteren, als Cessionar, verantwortlich gewesen seien und mithin weder auf Schultz & Wahnschaffe noch auf etwaige Cessionare derselben Rücksicht zu nehmen ge- pag. 6.
habt hätten.

Hier kann nun die Richtigkeit der Prämisse des Beklagten, daß Grove auf die angegebene Weise ein Pfandrecht an der Schultz & Wahnschaff'schen Forderung erlangt habe, unerörtert bleiben, da jedenfalls die hieraus gezogene weitere Folgerung eine völlig unbegründete ist. Der Beklagte übersieht nämlich, daß die rechtliche Stellung des Pfandgläubigers in Betreff eines nomen, welches ihm nur zur Sicherheit dienen soll, darin von derjenigen eines gewöhnlichen Cessionars abweicht, daß ersterer kein vollständiges Recht auf das Object des verpfändeten nomen erhält, sondern sich nur insoweit, als es zu seiner Sicherheit nöthig ist, an dasselbe halten darf, und daß daher,

pag. 7. wenn eine Geldschuld verpfändet ist, der Schuldner nur gezwungen werden kann, ihm soviel zu zahlen, als die eigene Forderung des Pfandgläubigers beträgt.

L. 4. C. quae res pignori obligari possunt. 8. 17.

Mühlenbruch Cession Ed. 3. S. 524. 525.

Grove hatte also, auch wenn er an der Forderung von Schultz & Wahnschaffe an das Haus in Valparaiso ein Pfandrecht erlangt haben sollte, als Pfandgläubiger kein Recht, die Berichtigung derselben über den Belauf seines Guthabens hinaus zu verlangen.

Wenn der Beklagte hingegen geltend macht, daß eine Beschränkung der Rimessen, oder sonstigen Auskehrungen an Grove auf den Belauf des demselben an Schultz & Wahnschaffe
pag. 8. zuständigen Guthabens factisch unmöglich gewesen sei, weil Lampe, Müller & Fehrmann den genauen Betrag der Vorschüsse mit Zinsen, Kosten und Assecuranz nicht hätten berechnen können, und Schultz & Wahnschaffe ihnen eine solche Berechnung nicht hätten zukommen lassen, so ist dies schon an sich bedeutungslos, da jene factische Schwierigkeit die dem Grove zuständigen Rechte nicht über das für dieselben an und für sich bestehende Maaß hätte ausdehnen können; außerdem aber im vorliegenden Falle unpassend, da es sich aus den Acten ergiebt, daß Lampe, Müller & Fehrmann, ehe sie auf die desfallsige Anforderung ihres Agenten Grove mit der Remittirung an denselben den Anfang machten, regelmäßig ihre
pag. 9. Rimessen an ihren in Bremen wohnhaften Associé, den Beklagten, gehen ließen, es diesem aber leicht gewesen wäre, den genauen Betrag des Grove'schen Guthabens zu ermitteln, um dann einem jeden der Betheiligten das ihm Gebührende zur Verfügung zu stellen.

Ist, selbst unter der Voraussetzung einer zu Gunsten des Grove stattgehabten oppignoratio nominis, die daraus gezogene oben erwähnte Folgerung des Beklagten, daß dadurch Lampe, Müller & Fehrmann verpflichtet gewesen seien, dem Grove

Digitized by Google

zu remittiren, eine unrichtige, so bedarf es keiner speciellen Widerlegung, wenn

B. geltend gemacht wird, daß die kaufmänniſche Anſicht der beklagtiſchen Aufſtellung entſpreche. Offenbar verwechſelt der Beklagte mit dem hier vorliegenden Falle einen anderen, allerdings nicht ſelten vorkommenden, wo der Intereſſent einer Ausſendung — etwa ein binnenländiſcher Fabrikant — die Conſignirung der Waare gegen einen darauf zu leiſtenden Vorſchuß, einem anderen Hauſe überträgt, worauf denn dieſes letztere — als Commiſſionair des Intereſſenten — Committent (Conſignant) des überſeeiſchen Hauſes iſt und in dieſer Eigenſchaft ein Recht darauf hat, daß ihm das Verkaufsprovennü vollſtändig remittirt werde, ohne daß der Conſignatair, wenngleich er über das Innere des Verhältniſſes vollſtändig unterrichtet ſein mag, mit dem eigentlichen Intereſſenten ſich in rechtlichem Nexus befindet. — Die weſentliche Abweichung des in Rede ſtehenden Falles von dem vorſtehend beſprochenen, bedarf keiner weiteren Darlegung. pag. 10. pag. 11.

Es kommt ſomit

C. nur noch auf die von dem Beklagten in voriger Inſtanz aufgeſtellten beſonderen Momente an, aus welchen derſelbe abzuleiten ſucht, daß jedenfalls die Abſicht der Betheiligten auf Dasjenige gerichtet geweſen ſei, was der Beklagte principaliter durch allgemeine Rechtsſätze, oder doch durch die ſeiner Anſicht nach beſtehenden kaufmänniſchen Anſichten rechtfertigen zu können glaubte.

Der Beklagte macht geltend

1) die briefliche Erklärung von Schultz & Wahnſchaffe und Groove, daß die Vorſchüſſe auf und gegen die Conſignationswaaren geleiſtet ſeien, und

2) die von beiden mehrfach in Briefen und Facturen hievon gemachte Anzeige an Lampe, Müller & Fehrmann. pag. 12.

Dieſer Umſtand iſt hier irrelevant, wo es ſich um die Frage wegen des Ueberſchuſſes des Verkaufs-Provenü über die Vorſchüſſe handelt. Ohne Zweifel führt die Geſammheit der Umſtände darauf hin, daß es allſeitig einverſtanden war, daß aus dem Netto-Provenü zunächſt die an Schultz & Wahnſchaffe

Digitized by Google

geleisteſten Vorſchüſſe zurückgezahlt werden ſollten, mochten dieſelben nun für Rechnung des Valparaiſo-Hauſes, oder von dem Beklagten oder von Grove auf eine die Vorſchuß-Empfänger gegen den Einen oder Anderen obligirende Weiſe gegeben ſein. Ein Weiteres als dieſes Einverſtändniß, iſt aus dem vom Beklagten angeführten Umſtande nicht abzuleiten.

pag. 13. 3) Schultz & Wahnſchaffe hätten die Connoſſemente und Facturen dem Grove eingehändigt, und dieſer ſie an Lampe, Müller & Fehrmann mit dem ausdrücklichen Bemerken, daß darauf Vorſchuß geleiſtet ſei, eingeſendet.

Daß ſolche Einhändigung und Einſendung, wenngleich nicht bloß der Connoſſemente und Facturen, ſondern theilweiſe auch der Briefe von Schultz & Wahnſchaffe an Lampe, Müller & Fehrmann geſchehen ſei, ergiebt ſich aus der beigebrachten Correſpondenz. Hieraus kann indeſſen die von dem Beklagten abgeleitete Folgerung nicht gezogen werden. Grove war unbeſtrittenermaaßen der Agent des Valparaiſo-Hauſes und vermittelte die Conſignationen. Die Zuſtellung wie der Briefe
pag. 14. ſo auch der Verladungs-Documente findet demnach hierin eine natürliche Erklärung, ohne daß eine ſelbſtſtändige perſönliche Berechtigung ſeiner als hiedurch herbeigeführt angenommen werden könnte. Grove erſchien beziehungsweiſe nur als Brief-Uebermittler.

Völlig grundlos iſt es, und ſteht mit der beigebrachten Correſpondenz im Widerſpruche, daß dem Grove die Connoſſemente in ſolcher Weiſe übergeben worden ſeien, daß er darüber habe disponiren ſollen oder auch factiſch habe disponiren können. Sie waren direct von Schultz & Wahnſchaffe an Lampe, Müller & Fehrmann geſtellt. Um den Grove in den Stand zu ſetzen nach eigener Beſtimmung über die Connoſſemente zu verfügen, hätten ſie an ſeine Ordre geſtellt, oder
pag. 15. auch in blanco indoſſirt ihm übergeben werden müſſen.

4) Schultz & Wahnſchaffe hätten Lampe, Müller & Fehrmann mitgetheilt von Grove nach einer Uebereinkunft — deren Inhalt aber nicht näher angegeben worden — $^2/_3$ Vorſchuß erhalten zu haben.

Diese Anführung ist, wenn man sie im Sinne der beklagtischen Auffassung betrachtet, schon deshalb bedeutungslos, weil der Ausdruck „laut Uebereinkunft" als ein völlig allgemeiner und an sich unklarer, nicht zu der Annahme Veranlassung hätte geben können, daß eine bestimmte, dem Grove gewisse selbstständige Rechte einräumende Vereinbarung geschlossen worden sei. — Ueberdies hätte die Erwähnung der „Uebereinkunft" weit eher eine den Ausführungen der Kläger entsprechende Auslegung zu finden gehabt. Denn die „Uebereinkunft," zufolge welcher pag. 16.
Schultz & Wahnschaffe zwei Drittheile des Facturabelaufs gegen 5 % Zinsen vorgeschossen erhalten sollten, war schon bei der ersten, per Henriette gemachten Consination zu Stande gekommen, wo den Consignanten der Vorschuß durch den Beklagten, dem Associé des Valparaiso-Hauses, ausgezahlt wurde. Und daß bei jenem ersten Geschäfte Schultz & Wahnschaffe das Recht nicht entzogen worden war, den Ueberschuß in Valparaiso von dem dortigen Hause als einen ihnen von diesem geschuldeten Belauf zu fordern, oder auch dort über denselben beliebig zu disponiren, unterliegt keinem Zweifel. Somit spricht der angeführte Umstand, da Nichts vorliegt, welches darauf hinführte, daß diese Grundlage des Geschäfts verändert worden sei, pag. 17.
eher gegen als für den Beklagten.

5) Grove habe bei Einsendung der Connossemente und Facturen an Lampe, Müller & Fehrmann geschrieben, sie möchten ihm die Rimessen machen; hiedurch sei der von Schultz & Wahnschaffe nicht näher erwähnten Uebereinkunft ein bestimmter Inhalt gegeben.

Die Irrelevanz dieses Moments ergiebt sich schon daraus, daß der von den Beklagten zu ziehen versuchte Schluß aus jener Mittheilung auf einen bestimmten auch von Schultz & Wahnschaffe als bestehend anzuerkennen und anerkannten Inhalt der Vereinbarung willkührlich sein würde. Uebrigens konnten eben so wenig Lampe, Müller & Fehrmann durch einseitige Mittheilungen Grove's im Verhältniß zu demselben verpflichtet pag. 18.
werden, wie Schultz & Wahnschaffe dadurch der ihnen gegen selbige zuständigen Rechte verlustig gehen durften.

Digitized by Google

6) Schultz & Wahnschaffe hätten unter der Factura vom 14. Mai (pr. Cuba) bemerkt, daß die Rimessen an Grove zu machen seien, was für sämmtliche Ladungen als bedeutend und jedenfalls für die Ueberzeugung von Lampe, Müller & Fehrmann als maaßgebend erscheine.

Allein abgesehen davon, daß diese Notiz nur auf einer Factura sich findet, so konnte dieselbe sehr wohl ein von der Willkür der Absender abhängiges, revocables Zahlungs-Mandat enthalten, und Lampe, Müller & Fehrmann hätten mithin nur dann den Grove als den nunmehrigen selbstberechtigen Inhaber des Forderungsrechtes ansehen dürfen, wenn Schultz
pag. 19. & Wahnschaffe sich hierüber ausserdem klar ausgesprochen hätten. Daß dies geschehen sei, behauptet der Beklagte nicht; auch steht dem der Inhalt der Correspondenz entgegen, aus welchem sich jedenfalls nicht mehr ableiten läßt, als die Zustimmung von Schultz & Wahnschaffe, daß die Vorschüsse vorweg gedeckt werden sollten.

7) Nur unter der Bedingung, daß Schultz & Wahnschaffe den Gesammtbelauf des Provenüs dem Grove hätten auszahlen sollen, seien denselben die Connossemente von Letzteren zugestellt; Lampe, Müller & Fehrmann hätten den ihnen von Grove gemachten Antrag nicht theilen, nicht die Connossemente entgegennehmen, und doch das an deren Uebergabe geknüpfte Verlangen unerfüllt lassen dürfen.

Diese Anführung erledigt sich schon durch das oben unter
pag. 20. 3, Bemerkte. — Dem Grove stand weder eine rechtliche, noch die factische Disposition über die Connossemente zu, welche vielmehr dem Valparaiso-Hause von Schultz & Wahnschaffe ausgestellt worden waren, und damit stimmt auch der Inhalt der begleitenden Briefe völlig überein.

8) Lampe, Müller & Fehrmann hätten die Weisung Grove's dadurch anerkannt, daß sie laut ihres Schreibens vom 30. Sept. 1853 an Schultz & Wahnschaffe eine Rimesse an Grove gesandt hätten, zur Verrechnung mit Ersteren. — Dies ist aber völlig unzutreffend. Die Rimesse betrug nur ℛ 1840. — Dieser Betrag bildete also nur einen, und

Digitized by Google

zwar kleinen, Theil des von (oder durch) Grove geleisteten Vorschusses und es entsprach demnach völlig dem Sachverhältnisse, wie selbiges klägerischerseits aufgefaßt wird, daß jene Ver- pag. 21.
gütung an Grove gemacht wurde. Unmöglich läßt sich darin die Anerkennung eines dem Grove allgemein zustehenden und über den Belauf des Vorschusses hinaus wirksamen Rechtes erblicken, auf welches letztere es hier allein ankommt.

9) Daß Grove die Assecuranz besorgte und die Policen in seinen Besitz erhielt, findet darin seine selbstständige und für die Rechte von Schultz & Wahnschaffe in Betreff der vorliegenden Frage unpräjudicirliche Erklärung, daß er der Agent der Consignataire war, und daß die Policen für die, sei es von ihm für eigene Rechnung, sei es für Rechnung der Letzteren gemachten Vorschüsse im Falle des Verlustes nur dann als Sicherheit dienen konnten, wenn sie, statt auf den Namen von Schultz pag. 22.
& Wahnschaffe auf denjenigen des Grove, der zugleich die Assecuranz besorgte, lauteten. Eine Theilung der Assecuranz, so daß dem Grove nur bis zum Belaufe der Vorschüsse nebst Spesen und Unkosten, dagegen Schultz & Wahnschaffe für den Belauf des Ueberschusses der Versicherungssumme die Disposition in Beziehung auf das Versicherungsrecht eingeräumt worden wäre, war factisch unthunlich und wäre auch im Uebrigen unmotivirt gewesen. — Hiermit erledigt sich aber auch das letzte der von dem Beklagten für sich geltend gemachten Momente, und mit Recht sind somit die vorigen Richter den Klägern darin beigetreten, daß die von dem Beklagten hervorgehobenen verschiedenen Umstände nicht darauf schließen lassen, daß es zwischen den Betheiligten einverstanden gewesen sei, daß pag. 23.
Grove und nicht Schultz & Wahnschaffe in Betreff des Provenü's der Consignationen forderungsberechtigt sein sollten.

II. Die erste der eventuellen Beschwerden geht dahin, daß nicht, statt dem Beklagten den ersten alternativen Beweis (der Vereinbarung) aufzulegen, den Klägern der Beweis eines directen Vertragsverhältnisses zwischen Schultz & Wahnschaffe und Lampe, Müller & Fehrmann in Ansehung der fraglichen Consignationswaaren, so wie der Entstehung einer

Verpflichtung von Lampe, Müller & Fehrmann, die Netto-Provenüs, oder welchen Theil derselben, an Schultz & Wahnschaffe zu entrichten, zur Pflicht gemacht worden sei. (Grav. 3. 4.)

Die Grundlosigkeit dieser Beschwerde ergiebt sich sofort, wenn
pag. 24. man erwägt, daß

1) es sich hier um die Begründung einer Einrede, nämlich der Zahlung, handelt, und somit die Art der Begründung unmöglich dahin führen kann, den Klägern einen Beweis aufzulegen;

2) daß dasjenige, was der Beklagte zur Begründung seiner Einrede leugnet, nicht sowohl ein Factum, daß nämlich Schultz & Wahnschaffe es seien, welche dem Hause in Valparaiso die Waaren consignirt haben, als vielmehr die rechtliche Bedeutung und Folge dieses Factums ist, indem der Beklagte nur behauptet, daß Grove in dem Maaße, wie er als Vorschußgeber in das fragliche Verhältniß eingetreten sei, dasselbe modificirt habe, indem nunmehr er formell als Consignant aufzufassen sei;

pag. 25. 3) daß nach dem Obigen diese Behauptung irrig ist und ihm schon aus diesem Grunde hierüber gar kein Beweisverfahren gestattet werden kann.

III. Die zweite eventuelle Beschwerde betrifft die erste Beweis-Alternative. (Grav. 5.)

Bei der Beurtheilung dieser, so wie derjenigen Beschwerden, welche auf die zweite Beweis-Alternative Bezug haben (Grav. 6–8) mußte nach Maaßgabe der formellen Sachlage davon abgesehen werden, ob überhaupt und eventuell in welchem Umfange, zu der Nachlassung der in Rede stehenden Beweise Veranlassung gewesen wäre. Da nämlich die Kläger kein Rechtsmittel gegen die Erkenntnisse der vorigen Richter ergriffen haben, so ist die Grundlage, von welcher dieselben ausgegangen sind,
pag. 26. als gegen die Kläger rechtskräftig festgestellt anzusehen. Es handelt sich mithin nur darum, ob, von jener Basis ausgehend, die Beweissätze den jetzigen Anträgen des Beklagten entsprechend zu modificiren seien.

Hier kann nun die zunächst in Betracht kommende erste Be-

Digitized by Google

weis-Alternative unmöglich, wie der Beklagte principaliter beantragt, dahin abgeändert werden, daß Lampe, Müller & Fehrmann berechtigt gewesen seien, sämmtliche Provenüs an Grove Behufs Berechnung mit Schultz & Wahnschaffe zu remittiren. — Denn Lampe, Müller & Fehrmann konnten immerhin, z. B. in Folge eines ihnen von Schultz & Wahnschaffe ertheilten Mandats, vor der Notification der Cession berechtigt gewesen sein, alle Rimessen an Grove gehen zu lassen, während doch mit der Notification der Cession diese Berechtigung aufgehört hätte. Der Beklagte übersieht, daß pag. 27.
nur der Beweis einer stattgehabten Verpflichtung relevant sein kann.

Anlangend die eventuellen einzelnen Einwendungen, so verlangt der Beklagte,

1) daß der zweite copulative Satz der ersten Alternative, „daß Lampe, Müller & Fehrmann sich gegen Grove anheischig gemacht haben," beseitigt werde. — Hierin würde nun dem Beklagten beizupflichten sein, wenn er die Erfordernisse eines Ueberganges der fraglichen Forderung auf Grove, als Cessionar, behauptet hätte. Allein er hat weder eine Cession des Schultz & Wahnschaffe zustehenden Rechtes an Grove geltend gemacht, noch solche Umstände in gehöriger Weise substanciirt, welche einer ausdrücklich vollzogenen Cession an Wirksamkeit gleichstehen würden. Eine bloße Ermächtigung ist da- pag. 28.
gegen revocabel, wenn nicht fernere bindende Acte hinzukommen, und deren gedenkt hier der Beweissatz: Obligirung des Valparaiso-Hauses in Uebereinstimmung mit Schultz & Wahnschaffe gegen Grove, ihm und nur ihm die gesammten Provenü's zu zahlen.

2 u. 3) Das zweite und dritte Monitum gehen umgekehrt dahin, daß der zweite Theil des Beweissatzes copulative mit dem ersten bewiesen werden, daß es also nicht genügen solle, wenn bewiesen werde, daß Lampe, Müller & Fehrmann entweder im Auftrage oder doch mit Zustimmung von Schultz & Wahnschaffe sich gegen Grove anheischig gemacht hätten, ihm sämmtliche Netto-Provenü's oder welche derselben auszukehren.

Digitized by Google

pag. 29. Daß die der Beschwerde des Beklagten zu Grunde liegende Rechtsauffassung richtig sei, ist nicht zu verkennen, gleichwohl kann dem beklagtischen Antrage selbst nicht entsprochen werden, weil in der Nachlassung der ganzen ersten Beweisalternative schon zu günstig für den Beklagten erkannt ist, und er daher nicht verlangen kann, daß noch günstiger erkannt werde. — Denn Dasjenige, worauf der Beweis jetzt allein gestellt werden soll, ist vom Beklagten gar nicht behauptet worden. Das Handelsgericht hat daher den Beklagten schon insofern begünstigt, daß Es neben demjenigen, was derselbe wirklich behauptet, was aber an und für sich irrelevant sein würde, ihm ex officio auch das nicht Behauptete zu beweisen nachgelassen hat, in Verbindung womit es nur relevant erschien. Unter diesen Umständen kann
pag. 30. der Beklagte nicht verlangen, daß der Beweis auf das allein schon Relevante, aber von ihm gar nicht Behauptete beschränkt werde.

Der Beklagte beschwert sich

4) daß die von ihm vorzugsweise behauptete stillschweigende Uebernahme einer Verpflichtung Seitens Lampe, Müller & Fehrmann gegen Grove im Beweissatze nicht berücksichtigt worden sei.

Diesem Monitum kann schon deshalb keine Folge gegeben werden, weil der Beweissatz nicht auf eine ausdrückliche Verpflichtung gerichtet, folglich dem Beklagten in Betreff des Beweises concludenter Umstände Nichts abgesprochen ist.

5) In den Beweissatz soll auch aufzunehmen gewesen sein, daß Lampe, Müller & Fehrmann ein eigenes Recht des Grove und zwar ein Pfandrecht — anzuerkennen verpflichtet gewesen seien. Mit Grund hat das Obergericht hierüber be-
pag. 31. merkt, daß über Rechtspunkte niemals Beweise aufzulegen seien. Uebrigens ist schon oben zur Prinzipalbeschwerde ausgeführt, daß der beklagtischerseits geltend gemachten Rechtsausführung nicht beigetreten werden kann.

6) Das sechste Monitum hat ebenfalls schon durch die darauf bezügliche Motivirung des Obergerichts-Erkenntnisses eine genügende Widerlegung gefunden.

Digitized by Google

IV. Auch den Monitis des Beklagten gegen die zweite Beweis-Alternative konnte nicht entsprochen werden.

1) Der Beklagte beschwert sich darüber, daß ihm auch der Umstand zum Beweise verstellt sei, daß Grove die Vorschüsse geleistet habe. Dies sei zugestanden, und der Beklagte werde somit durch eine unnöthige Beweisauflage beschwert. (Grav. 6.) Mit Recht haben hiegegen die vorigen Richter bemerkt, die Meinung des Beweissatzes gehe dahin, daß Grove selbst — also im eigenen Namen, nicht aber für Lampe, Müller & Fehrmann die Vorschüsse gemacht habe, und dies ist von den Klägern fortwährend bestritten worden. Nun meint freilich in gegenwärtiger Instanz der Beklagte, nach dem § 165 der Brem. Ger. Ordn., wie das O.-A.-Gericht denselben ausgelegt, sei es die Sache der Kläger zu beweisen, daß Grove die Vorschüsse für Lampe, Müller & Fehrmann geleistet habe. Hiezu gelangt er aber nur durch die unrichtige Darstellung, er habe ursprünglich nur behauptet, daß Grove die Vorschüsse geleistet habe. Da dies nun anderweitig, nicht durch das Geständniß der Kläger bewiesen sei, so müßten Diese die ihrseitige Behauptung, daß die Vorschüsse für Rechnung von Lampe, Müller & Fehrmann gegeben worden, beweisen. — Allein schon in den Exceptionen hat der Beklagte behauptet, Grove habe den Verschuß für eigene Rechnung geleistet, und da dies Seitens der Kläger bestritten ist, so trifft ihn der Beweis, ohne daß es auf den § 165 der Ger. Ordn. ankommt. pag. 32. pag. 33.

2) Das in der 7. Beschwerde ausgesprochene zweite Monitum rügt, daß, nachdem das ganze Netto-Provenü der Consignationen erwähnt worden, noch hinzugefügt sei, mithin auch der Ueberschuß des Erlöses über die geleisteten Vorschusse hinaus; da dies eine reine Consequenz aus dem Vorhergehenden sei, so erscheine die nochmalige Erwähnung überflüssig, folglich in einem Beweissatze ungehörig.

Dies ist eine bloß formelle Erinnerung und braucht derselben, da der Beklagte in Betreff seiner Beweisführung materiell nicht beschwert ist, nicht entsprochen zu werden. pag. 34.

Endlich ist

3) auch das letzte gegen die zweite Beweis-Alternative vorgebrachte Monitum (Grav. 8) unbegründet. Dasselbe bezweckt die Beseitigung der Worte:

„auch wenn der Consignant anderweitig über den Ueberschuß verfügt habe und diese Verfügung dem Consignatair in Valparaiso bekannt geworden sei."

Nun kann aber nur eine solche Usanz in Betracht kommen, welche dem Vorschußgeber ein so starkes Recht auf alle Rimessen des Consignatair einräumt, und also dem Letzteren eine solche entsprechende Verpflichtung auflegt, daß auch eine denunciirte Cession der Ueberschüsse folgenlos bleiben müsse. Der Behaup-
pag. 35. tung einer solchen Usanz, auf die es ja, den Klägern als Cessionaren gegenüber, recht eigentlich ankommt, bedurfte es, um überhaupt zu einer Beweisnachlassung zu gelangen; auch liegt eine Behauptung dieses Inhaltes, wenngleich nur implicite, vor, indem der Beklagte sich auf die Usanz im Verhältnisse zu den Klägern berufen hat, welche sich ganz ausdrücklich auf die geschehene Verkündigung der Cession gestützt hatten. Es kann somit nur als unzutreffend bezeichnet werden, wenn der Beklagte vermeint, es genüge, wenn er nur im Allgemeinen die usanzmäßige Verpflichtung des Consignatairs erweise, dem ihm als solchen bezeichneten Vorschußgeber alle Rimessen zu machen, und sei es dann die Sache der Kläger, im Gegenbeweise darzuthun, daß die Usanz nicht auf den Fall gehe, wenn die Forderung auf die Ueberschüsse einem Dritten cedirt worden sein sollten.

Somit war durchweg auf Verwerfung der beklagtischen Beschwerden zu erkennen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.

Loco Secretarii.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Simon Hermann Diedrich Bruns zu Wartthum im Bremischen Gebiete, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Hermann Wilhelm und Heinrich Diedrich Wilhelm Pieper, vertreten durch deren Vater Johann Heinrich Wilhelm Pieper zu Elsfleth, und Louise Dorethea Meyer geb. Bruns zu Kladdingen in der Grafschaft Delmenhorst, mit Zustimmung ihres Ehemannes Lüder Meyer, Kläger jetzt Appellaten, Erbschaft, jetzt Immission und Liquidation, in specie Beweisantretung betreffend (app. II.), wird Letzteren die vom abgetretenen Procurator des Ersteren eingereichte Substitutions-Anzeige abschriftlich hieneben zur Nachricht mitgetheilt, und da

1) die von den Appellaten wiederholt auf Grund von

Ger.-Ordn. § 490 sub. b.

bestrittene Appellabilität des seiner Fassung nach allerdings bloß prozeßleitenden Commissionsbescheides vom 12. April 1856 um so gewisser mit Recht von der Sententia a qua anerkannt ist, als gedachter § überhaupt nur den gemeinrechtlichen Prozeßgrundsatz enthält, daß bloß gegen solche interlocutorische Bescheide, aus welchen weder für die Hauptsache ein Präjudiz, noch für die Parteien ein Nachtheil erwächst, der durch Berufung von der demnächstigen Definitiv-Sentenz nicht mehr beseitigt zu werden vermöchte, Appellation unstatthaft sei,

vgl. c. 12. de apell. in VI^to.

R. K. G. O. v. J. 1495 § 30 und v. J. 1555 II. 29. § 3.

nun aber der das Element und die Basis jener Decretur bildende Ausspruch über die formelle Rechtsbeständigkeit oder Ver-

Digitized by Google

werflichkeit des von den Klägern theilweise durch bloße Bitte um Acten-Adjunction angetretenen Urkunden-Beweises von entscheidendem Einfluß auf das materielle Gelingen oder Mißlingen der ihnen obliegenden Beweisführung sein kann, sonach die vorliegend nach Absicht und Wortlaut jenes Bescheides erfolgte definitive Verwerfung des gegen jene Acten-Adjunction und damit implicite gegen den klägerischen Beweisantritt selbst von dem Beklagten erhobenen Widerspruchs und seines Antrags, in soweit den beklagtischen Beweis vorweg für verfehlt zu erklären, für die künftige materielle Entscheidung des Rechtsstreits nur dann unpräjudiciell wäre, wenn die mittelst jener Bitte inducirten Urkunden aller materiellen Erheblichkeit entbehrten; da auch

2) in Betreff der Rechtsfrage, ob mittelst bloßen Antrags auf Requisition resp. Adjunction von Acten, ohne gleichzeitige schriftliche Vorlage der aus solchen inducirten Documente, der Beweisantritt erfolgen könne, jedenfalls in Betreff solcher Acten, welche sich bei einheimischen Gerichten und Behörden befinden, derjenigen Auffassung und Anwendung, welche, in Einklang mit der durch das Zeugniß des Obergerichts genügend constatirten neueren Praxis der Bremischen Gerichte, die, gleichfalls im Wesentlichen nur auf dem gemeinen Prozeßrecht beruhenden und aus solchem zu erläuternden

§§. 196 u. 197 der Ger. Ordn.

in den Entscheidungsgründen der vorderen Erkenntnisse gefunden haben, unbedenklich, und zwar namentlich auch darin, daß eine solche Bitte um Acten-Adjunction einem gegen Dritte gestellten Editionsgesuche zu paralleliſiren sei, beigetreten werden kann, und denjenigen Bedenken, welche beklagtischer Seits aus den

§§. 172. 178 u. 182 der Ger. O.

haben entnommen werden wollen, um deshalb kein Gewicht beizulegen steht, weil einestheils die in § 182 dem Producten, außer in Bagatellsachen, gelassene facultative Befugniß sofortiger Erklärung über das Materielle der Beweisantretung, nicht als ein solches Recht gelten kann, welches selbst aus den zureichendsten

Digitized by Google

Gründen weder eine Ausnahme, noch irgend welche Schmälerung wider Willen des Producten zulasse, anderntheils es sich von selbst versteht, daß, wenn die Bitte um Acten-Adjunction der Real- und Original-Production von Urkunden gleichsteht, deren Gemeinschaftlichkeit mit dem Momente schon, wo die Acten-Adjunction verfügt wird, als eingetreten zu gelten hat, die Gegenbeweisfrist aber natürlich erst von da ab zu laufen beginnen kann, wo mit wirklich eingetretener Adjunction der Product in den Stand gesetzt ist, auch die nicht sofort vorgelegten Documente des Producenten zu seinem Gegenbeweise zu benutzen; da endlich

3) in vorliegendem Falle nicht blos dem materiellen Rechte des Beklagten auf Vertheidigung gegen den von den Klägern mittelst bloßer Adjunctions-Bitte angetretenen Beweis vollständig dadurch Genüge geschehen ist, daß ihm für den hier in Frage stehenden Theil der klägerischen Beweisführung zu Vorschützung etwaniger Beweis-Einreden, wie eventuell zur Gegenbeweis-Antretung eine neue Frist bewilligt ist, für welche natürlich das damit verbundene Präjudiz des Ausschlusses erst wirksam werden kann, wenn und nachdem in Folge der Adjunctions-Decretur die betreffenden Documente wirklich pars actorum werden resp. geworden sind, sondern auch die formelle Rechtsbehörigkeit und die Rechtszeitigkeit der Adjunctions-Bitte keinem Bedenken unterliegt, weil Kläger dem allerdings unerläßlichen Requisite möglichst genauer Bezeichnung, sowohl der zu adjungirenden Acten und der daraus zu benutzenden Documente selbst, als auch der Zwecke und Richtungen, zu und in welchen davon für die obliegende Beweisführung Gebrauch gemacht werden solle, bezüglich der jetzt noch in Frage stehenden Acten in einer den Umständen nach wohl für ausreichend zu erachtenden Weise nachgekommen sind, und der Adjunctions-Antrag als verspätet nicht weiter gelten kann, nachdem wegen Versäumung der Beweisfrist durch Protocollar-Bescheid vom 11. October 1855 bereits Restitution ertheilt ist, welche letztere natürlich auch für die blos inhaerendo unterm 10. Januar 1856 erneuerte Adjunctions-Bitte dem beklagtischen Einwande der Verspätung entgegensteht; so erkennt

das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 20. Octbr 1856, unter Verurtheilung Appellantens in die Koſten jetziger Inſtanz, zu beſtätigen ſei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an die Commiſſion des Obergerichts zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 10. Mai 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn, Kanzliſt,**

Loco Secretarii.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hermann Wätjen jun. zu Bremen, Klägers gegen C. F. Lahusen daselbst, Beklagten, jetzt beiderseits Appellanten, einen Häutehandel betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 2 November 1857, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch die erste der beiden im Handelsgerichts-Erkenntnisse vom 18. Juni 1857 unter Nr. 2 gemachten Beweisauflagen dahin abzuändern sei:

daß unter Ausscheidung der mit Seebeschädigung behafteten Häute die dem Beklagten in Gemäßheit des hier fraglichen Geschäfts zum Empfange angewiesenen Häute eine gute unverdorbene Waare mittlerer Qualität zur Zeit deren Verladung in Ciudad Bolivar gewesen sei.

Die Kosten dieser Instanz, soweit noch nicht darüber erkannt worden, werden zu drei Viertheilen compensirt, in ein Viertheil derselben aber der Beklagte verurtheilt.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 26. Juni 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn, Kanzlist,**
Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Gegen das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 18. Juni
pag. 2. 1857 und dessen Confirmatoria, das Obergerichts-Erkenntniß vom 2. November. dess. J., durch welche dem Kläger der Beweis auferlegt ist,

daß die dem Beklagten in Gemäßheit des fraglichen Geschäfts von ihm zum Empfange angewiesenen Häute, nach Ausscheidung der mit Seebeschädigung behafteten (über welche letzteren ein Streit überhaupt nicht besteht), eine gute unverdorbene Waare mittlerer Qualität seien (oder vielmehr, da seit jenem Hergange schon mehr als ein Jahr verflossen ist, zur Zeit der Offerirung der Häute, Anfangs Juni 1857, gewesen seien),

pag. 3. haben beide Theile Beschwerde erhoben.

Der Kläger hat, wie in der vorigen, so auch in jetziger Instanz verlangt

principaliter, daß schon auf Grund der Schlußnote sofort eine Verurtheilung des Beklagten zur Empfangnahme und Bezahlung aller noch übrigen Häute, soweit sie nicht als seebeschädigt sich ausweisen sollten, ausgesprochen werde (Grav. 1.),

eventualiter, daß ihm, dem Kläger, der Beweis freigelassen werde, es habe ein Einverständniß zwischen ihm und dem Beklagten darüber bestanden, daß er weder für Qualität, noch für Beschädigung der von Ciudad Bolivar erwarteten Häute aufkommen solle,
pag. 4. oder doch, daß dies von seiner Seite ausdrücklich ausbedungen worden sei. (Grav. 2.)

Digitized by Google

In fernerer Eventualität hat der Kläger sich darüber beschwert:

daß der ihm aufgelegte Beweis nicht lediglich darauf gerichtet gewesen sei, daß die Häute Kaufmannsgut von mindestens mittlerer Qualität, abgesehen von etwaigen Beschädigungen, Seebeschädigung ausgenommen, gewesen seien (Grav. 3).

Der Beklagte hat dagegen seinerseits Abänderung des Erkenntnisses der früheren Richter dahin beantragt:

daß seine Einrede der vom Kläger ertheilten Zusicherung vorzüglicher (schönster) Qualität der zu liefernden Waare pag. 5.
ihm zum Beweise verstellt werde (Grav. 1 und ersten Theil des beklagtischen Grav. 2).

Anlangend diese Beschwerden, deren Beurtheilung vielseitig unter einander zusammenhing, so kam es

1) darauf an, wie — abgesehen von den abseiten der einen oder anderen Partei behaupteten mündlichen Nebenberedungen — das Geschäft nach dem Inhalte der Schlußnote aufzufassen sei.

Ausdrücklich und mit unzweifelhaften Worten ist in derselben weder über die von dem Kläger nach Ankunft des Bolivar zu Bremen in Betreff der Qualität und des Zustandes der Häute zu erfüllenden Verbindlichkeiten, noch auch über die auf den vorbemerkten Punkt mit einwirkende Frage, wer die Gefahr der pag. 6.
während des Transports eintretenden Verschlechterung oder Beschädigung der Waare zu tragen habe, das Genaue festgestellt worden. Die allgemeine Construction des Contracts, wie dieselbe theils aus der Schlußnote, theils aus den Angaben der Parteien, soweit dieselben mit einander übereinstimmen, sich ergiebt, ist übrigens folgende:

a) Eine von dem Hause des Klägers zu Ciudad Bolivar mit einem gewissen namhaft gemachten Schiffe auf einer bestimmten Reise desselben zu verladende Quantität von 2700 bis 3000 Stück Häute, nicht näher bezeichneter Beschaffenheit, bildete den Gegenstand des Handels.

b) Für den Fall, daß die Abladung überhaupt unterbleiben,

Digitized by Google

pag. 7. oder die Waare ihren Beſtimmungsort nicht erreichen würde, ſollte der Handel als nicht geſchloſſen angeſehen werden.

c) Etwanige Seebeſchädigung ſollte zu Laſten des Verkäufers bleiben.

Aus dieſen Sätzen iſt, was zunächſt die Qualität der fraglichen Häute anlangt, im Allgemeinen ſo viel abzuleiten, daß weder von Seiten des Käufers eine vorzügliche Beſchaffenheit derſelben in Anſpruch zu nehmen, noch auch Seitens des Verkäufers Abnahme von Häuten ungewöhnlich ſchlechter Qualität zu verlangen war. Bei dem Fehlen einer ſpecielleren Bezeichnung der Waare hatte, wie dies auch die vorigen Richter angenommen haben, ordentliches Kaufmannsgut den Gegenſtand
pag. 8. der Erfüllung des Handels zu bilden. Auf die etwa hier in Betracht zu ziehende Bedeutung der Clauſel „Nur Seebeſchädigung ausgenommen“ wird unten eingegangen werden.

Die weiter zu erledigende Frage und zugleich diejenige, welche weſentlich den Gegenſtand des zwiſchen den Parteien geführten Streites gebildet hat, beſteht darin, welche von beiden das periculum deteriorationis während der Seereiſe zu tragen gehabt habe. Denn daß das periculum interitus unter den Parteien nicht ſtreitig ſei, wie es denn auch factiſch nicht darauf angekommen iſt, hat ſchon oben Erwähnung gefunden.

Berückſichtigt man nun Dasjenige, was aus den hier in Betracht kommenden allgemeinen Rechtsgrundſätzen ſich ergiebt,
pag. 9. ſo gelangt man zu der Annahme, daß der Beklagte, als Käufer, die Gefahr der Verſchlechterung oder Beſchädigung der Waare ſeit der Abladung zu tragen gehabt habe. Wenngleich nämlich der Gegenſtand des vorliegenden Handels in der Schlußnote generiſch beſtimmt worden war, ſo iſt derſelbe doch durch eine aus der Geſammtheit der Angoſtura-Häute ausgeſchiedene Species, das in Ciudad Bolivar zur Verladung nach Bremen beſtimmte und demnächſt in der Brig Bolivar wirklich verſchiffte Quantum Häute, gebildet worden. Hiebei kommt es, da ſowohl, wie bemerkt, die Verladung wirklich Statt gefunden hat, als auch die glückliche Ankunft in Bremen erfolgt iſt, auf diejenige Folge, welche nach dem Obigen im entgegengeſetzten Falle eingetreten

Digitized by Google

wäre, nicht mehr an. Dagegen haben das vorgedachte Factum pag. 10.
der Verladung, als eingetretene Suspensiv-Bedingung, und die glückliche Ankunft zu Bremen als ausfallende Resolutiv-Bedingung, rückwirkend den Effect gehabt, daß das periculum — soweit nicht die Parteien, abweichend von den allgemeinen Regeln, etwas Besonderes festgestellt hatten, wie dies in Betreff des periculum interitus geschehen war — schon von dem Zeitpunkte der Verladung, nicht aber erst von dem Tage des abgeschlossenen Geschäftes an, auf den Käufer überging.

Mit dem vorstehend gewonnenen Resultate steht denn auch dasjenige in Uebereinstimmung, was aus den vorliegenden Umständen unter Berücksichtigung des Wortlautes der Schlußnote abzuleiten ist.

Gegen die klägerische Auffassung, daß diese letztere so ver- pag. 11.
standen werden müsse, als habe der Beklagte die Waare zu nehmen gehabt, sie möge nach Qualität und Zustand noch so schlecht angekommen sein, spricht nämlich die Erwägung, daß man eine solche, dem gewöhnlichen Kaufhandel fremde Bedingung nur dann anzunehmen hat, wenn sie auf unzweifelhafte Weise stipulirt worden ist. Nun findet sich aber in der Schlußnote Nichts, was von einer solchen Feststellung zu verstehen wäre. Dies ist um so mehr von Erheblichkeit, als es in Bremen eine besondere Formel für Geschäfte, wie der Kläger geschlossen zu haben erklärt, giebt:

„Empfang erklärt, die Waare falle wie sie wolle“,

vgl. Höpken contra Gloystein Söhne — Juli 1856,
Ruland contra Finke — November 1857,

welche Formel auch dem Kläger, wenigstens vor dem wirklichen pag. 12.
Abschlusse des Handels, bekannt gewesen ist.

Act. 2. Inst. [3]. p. 4 in fin. 5.

Wenn der Kläger sich noch auf die Clausel berufen hat:

„nur Seebeschädigung ausgenommen,“

so dient dieselbe freilich dazu, um die in dem Obigen gerechtfertigte Annahme zu unterstützen, daß die nach der Verladung vorgekommenen Verschlechterungen oder Beschädigungen der

Waare den Beklagten treffen, indem durch die Statuirung der hervorgehobenen Ausnahme das so eben Bemerkte als die Regel anerkannt worden ist; dagegen ist sie ungeeignet, das zu bezeichnen, was der Kläger auch aus ihr darthun will, nämlich
pag. 13. daß der Beklagte die Waare nehmen müsse, wie sie auch fallen möge, und nur gegen Seebeschädigung Einwendungen erheben dürfe. Der Gegensatz zur Seebeschädigung wird nämlich durch andere etwaige Beschädigungen oder Benachtheiligungen gebildet, welche die Waare seit ihrer Verladung betroffen haben möchten, wogegen eine schon ursprünglich vorhanden gewesene schlechte Beschaffenheit der Substanz niemals unter den Begriff von Beschädigung gebracht werden kann, und auch notorisch nach dem kaufmännischen Sprachgebrauche niemals darunter gebracht wird.

Die Veranlassung der Clausel ist, wie keinem Zweifel unterliegt, die, daß in Fällen der vorliegenden Art die Verkäufer der verschifften Waaren regelmäßig Versicherung gegen Seegefahr zu nehmen pflegen. Diese Versicherung deckt aber nicht allein die Gefahr des Untergangs, welche bei dem hier in Rede stehenden
pag. 14. Contracte die Verkäufer trifft, sondern auch die Folgen der Seebeschädigung. Diese können somit die Verkäufer ohne Nachtheil ausnahmsweise den Käufern, denen im Uebrigen alle Beschädigungen zur Last kommen, abnehmen, indem sie sich hierüber mit ihren Assecuradeurs berechnen. Auf eine Verpflichtung der Käufer, auch solche Mängel und Fehler der Waare, welche schon vor der Verladung vorhanden waren, hinnehmen zu müssen, hat die Clausel gar keine Beziehung.

Daß dagegen die letztere nicht von dem Beklagten in der Richtung geltend gemacht werden könne, um von sich das periculum deteriorationis auch in Betreff solcher Beschädigungen, welche nicht unter die ausgenommene Kategorie der Seebeschädigung zu rechnen sind, abzulehnen, ist ohne Weiteres einleuch-
pag. 15. tend. Ein Zweifel kann in Betreff der Clausel überhaupt nur darüber bestehen, wie weit die Befreiung des Verkäufers von der Haftung für Mängel und Beschädigungen reiche. Daß der Käufer alle Deteriorationen mit Ausnahme der Seebeschädigung

Digitized by Google

zu tragen habe, ist implicite deutlich gesagt. Der Beklagte hat dies denn auch ursprünglich gar nicht bestritten, im Gegentheil excipiendo

H. Ger. Prot. p. 2.

unumwunden ausgesprochen, „die Gefahren der Reise, mit Ausnahme der Seegefahr, habe er zu tragen gehabt.“ — Daß er in den höheren Instanzen in entgegengesetzter Weise sich geäußert hat, findet in der handelsgerichtlichen Behandlung dieses Punktes eine genügende Erklärung, ohne daß hiedurch jenes eigene Zeugniß des Beklagten über den Sinn, in welchem die betreffende Contracts-Bestimmung von den Contrahenten verstanden pag. 16.
worden ist, an Bedeutung verlieren könnte. Der hiernach anzunehmende Inhalt des vorliegenden Geschäfts und dessen Anerkennung Seitens des Beklagten lassen denn auch das vom Handelsgerichte auf S. 7 der Entscheidungsgründe aufgestellte Bedenken unerheblich erscheinen.

Das Ergebniß des Bisherigen ist, daß die erste Beschwerde des Klägers verworfen werden mußte, dagegen reformatorisch im Wesentlichen auf Grund der dritten Beschwerde desselben — abgesehen hier noch von der Frage, ob etwa Nebenberedungen, welche auf ein abweichendes Resultat führten, zum Beweise zu verstellen seien — der unter den Parteien geschlossene Contract dahin aufzufassen sei, daß der Kläger für die in Ciudad pag. 17.
Bolivar erfolgte Verladung tadelloser Waare, oder, wie das Handelsgericht sich genauer ausgedrückt hat, „guter unverdorbener Waare mittlerer Qualität,“ Gewähr zu leisten, also, da die Waare beklagtischerseits als von Anfang an schlecht gewesen bezeichnet worden ist, den Beweis einer solchen Verladung zu führen habe. Dabei muß die unterwegs etwa eingetretene Deterioration, mit Ausnahme der conventionell zu Lasten des Klägers verbleibenden See-Beschädigung von dem Beklagten getragen werden. — Daß übrigens jener Beweis klägerischerseits auch dadurch geführt werden könnte, wenn er darthäte, daß die Häute noch bei ihrer Ankunft in Bremen gute und unverdorbene Waare mittlerer Qualität gewesen seien, ist selbstverständlich. pag. 18.

2. Anlangend den Antrag des Klägers (grav. 2.) ihm den Beweis nachzulassen, daß es zwischen den Parteien einverstanden

gewesen, event. von seiner Seite ausbedungen worden sei, er garantire nicht für irgend eine Qualität, auch habe der Beklagte die Gefahr aller Beschädigung zu tragen, so erledigt sich der letztere Theil dieser Beschwerde durch die obige Auffassung des vorliegenden Contractes, indem schon darnach alle unterwegs eingetretenen Beschädigungen (mit Ausnahme der Seebeschädigung) von dem Beklagten zu übernehmen sind.

Dem übrigen Theil der Beschwerde konnte nicht entsprochen
pag. 19. werden. — Was nämlich das Einverständniß der Parteien über den fraglichen Punkt betrifft, so ist zur näheren Begründung der desfallsigen Behauptung an factischen Anführungen vom Kläger gar nichts vorgebracht worden, so daß es hier gänzlich an der nöthigen Substanziirung mangelt. Anders verhält es sich freilich mit der Angabe des Klägers, daß er sich ausdrücklich ausbedungen habe, für Qualität und Beschädigung überhaupt nicht aufkommen zu wollen, da dasjenige, was er über die in dieser Hinsicht gemachten Erklärungen vorgebracht hat, als an sich zu dem in Rede stehenden Zwecke völlig ausreichend erscheint. Hiebei kommt es indessen auch darauf an, daß jene Erklärungen in Beziehung auf den Beklagten Wirksamkeit erlangt haben.
pag. 20. Sollten dieselben gegen ihn persönlich gemacht worden sein, so könnte über die Nothwendigkeit der betreffenden Beweisnachlassung kein Zweifel bestehen; allein eine solche Behauptung ist von dem Kläger in erster Instanz überhaupt nicht vorgebracht, vielmehr findet sich die erste hierauf bezügliche Angabe in dem klägerischen Appellationslibell zweiter Instanz (S. 7), wo sie als verspätet keine Berücksichtigung finden kann. Es handelt sich mithin darum, ob die bloße Behauptung einer Mittheilung des Klägers an den Makler Kind, ohne daß zugleich diese letztere auch dem Beklagten gemeldet und von diesem gutgeheißen sein soll, als für relevant zu betrachten ist. Und dies kann nur ver-
pag. 21. neint werden. Der Makler Kind war der Vermittler zwischen beiden Theilen, nicht der Bevollmächtigte oder Vertreter des Beklagten, so daß er in Betreff Seitens des Klägers ihm gemachter Aeußerungen als identisch mit Jenen betrachtet werden dürfte. Nur eine Zustimmung Seitens des Beklagten würden

Digitized by Google

mithin jenen Erklärungen des Klägers rechtliche Wirkung auf das Contractsverhältniß beilegen können, und eine solche ist, wie bemerkt, klägerischerseits nicht behauptet worden.

3. Der Beklagte hat sein Grav. 1. und das Grav. 2. in dessen erstem Theile dahin gerichtet, daß ihm nicht der Beweis nachgelassen worden sei, der Kläger habe ihm die Lieferung von Häuten vorzüglicher oder schönster Qualität zugesagt. Die vorigen Richter haben das hier in Bezug genommene be- pag. 22.
klagtische Vorbringen verworfen, weil von den Aeußerungen, welche der Kläger gemacht haben solle, nicht anzunehmen sei, daß ihnen die Absicht des Klägers, sich dadurch zu verpflichten, zu Grunde gelegen habe, außerdem aber und besonders weil die Ausdrücke „vorzüglichste“ „schönste“ Qualität keinen technischen Begriff in Betreff von Häuten bezeichneten. Das letzteres der Fall sei, behauptet denn auch der Beklagte nur insofern, als diese und ähnliche Bezeichnungen wie bei Häuten, so auch bei anderen Waaren vorzukommen pflegten, und als jeder mit dem betreffenden Artikel Vertraute wissen werde, um welche Art der Waare es sich im Falle solcher Bezeichnungen handle.

Diese ganz allgemeinen Anführungen reichen indessen nicht pag. 23.
aus, um hier einen feststehenden technischen Begriff, und dann weiter diesen als einer obligatorischen Zusage zu Grunde liegend, anzunehmen, indem der Beklagte es an den nöthigen Angaben darüber gänzlich hat fehlen lassen, durch welche Eigenschaften Häute zu einer solchen gewissermaßen Prima-Sorte gemacht würden.

Sodann hat der Beklagte nicht sowohl behauptet, daß ihm wegen der Qualität der Waare Zusicherungen gemacht seien, als vielmehr dies nur gefolgert aus den zwischen dem Kläger und dem Makler Kind gepflogenen Verhandlungen; denn die Erklärungen, welche der Kläger gegen den Beklagten selbst gemacht hat, sollen nur in einer Wiederholung der von ihm gegen den Makler Kind gemachten Aeußerungen bestanden haben. Nun haben aber jene pag. 24.
Verhandlungen nach der beklagtischen Darstellung im Wesentlichen nur bestanden in einer Erkundigung Seitens des Maklers Kind nach der Beschaffenheit der Häute, nicht aber in einer Anfrage,

Digitized by Google

ob der Kläger eine bestimmte Zusicherung über den Ausfall der Qualität geben könne und wolle. Was der Kläger hierauf erwiederte, soll in der Vorlegung der Briefe des Ciudad Bolivar Hauses bestanden haben, und es kommt mithin wesentlich auf deren Inhalt an. Die Briefe sprechen nun zwar von „schönster Qualität", bezeichnen aber die Waare an einer andern Stelle nur als trockne Ochsenhäute. Kind durfte mithin auf jenen ersteren Ausdruck kein besonderes Gewicht legen, vollends
pag. 25. nicht, wenn es wahr sein sollte, was der Beklagte duplicando (Prot. p. 15.) angiebt, daß Ochsenhäute geringer von Qualität seien. Nach dem Allen liegt in den beklagtischen Anführungen nicht nur nicht die factische Substanziirung einer wirklichen Zusage, eines dictum et promissum, sondern kaum diejenige einer Anpreisung, vielmehr wesentlich nur eine Kundgebung der Ansichten und Erwartungen, welche der Kläger über die Beschaffenheit der an ihn expedirten Waare hegte, so daß zu einer Beweisnachlassung an den Beklagten hier kein Grund vorhanden war.

II. Die Beschwerde des Beklagten darüber, daß nicht die Einrede des klägerischen dolus für begründet erklärt, event. daß er nicht zu dem Beweise jenes dolus zugelassen worden sei
pag. 26. (Grav. 1. und 2 im zweiten Theile) ist völlig grundlos.

Der dolus soll darin bestanden haben, daß, während der Kläger eine vorzügliche Qualität der Waare, wenn nicht garantirt, doch in Aussicht gestellt habe, er mit der schlechten Qualität derselben bekannt gewesen sei. — Nun hat aber der Beklagte den Umständen nach gar nicht behaupten können, daß der Kläger die Beschaffenheit der Waare, welche zur Zeit der Verhandlungen unterwegs war, wirklich gekannt habe, oder im Stande gewesen sei, sich darüber zu unterrichten. — Wenn er zur Beseitigung dieses, auch von dem Handelsgerichte als durchgreifend behandelten Argumentes von Neuem auf die duplikarische Anführung zurückkommt, vermuthlich sei in einem Schreiben, welches
pag. 27. der Kläger von seinem Correspondenten in Ciudad Bolivar erhalten zu haben scheine und dessen Edition verlangt werde, Näheres über die Qualität der Häute berichtet worden, so ist

hieraus klar, daß die hier in Betracht kommende Behauptung des dolus willkürlich ist, und jeder thatsächlichen Begründung ermangelt; wie denn auch auf das allgemeine und völlig vage Editionsgesuch nicht eingegangen werden kann.

Nicht minder hinfällig ist es, wenn der Beklagte die Einrede des dolus schon aus der bloßen Theilhaberschaft oder Chef-Qualität des Klägers im Verhältniß zu dem Hause in Ciudad Bolivar abzuleiten versucht. Hierauf näher einzugehen ist unnöthig.

III. Der Beklagte hat durch die Beschwerden 1 und 3—6 Aufhebung der vom Handelsgerichte ausgesprochenen Condem- pag. 28.
nation in das Behalten und Bezahlen der 850 Stück Häute zu bewirken gesucht, event. beantragt, daß dem Kläger der Beweis des beklagtischen Empfanges und der Genehmigung derselben aufgelegt, in weiterer Eventualität verlangt, daß *ihm* der Beweis der fehlerhaften Beschaffenheit der 850 Stück Häute freigelassen werde.

Auch in Betreff dieses Gegenstandes war das Erkenntniß der vorigen Richter zu bestätigen. Es kommt hierbei wesentlich auf die hierüber in erster Instanz vorgekommenen Verhandlungen an. Replicando behauptete der Kläger, von der dem Beklagten zuerst angewiesenen Kahnladung seien im Ganzen 1150 Stück Häute in das beklagtische Packhaus gebracht, davon pag. 29.
850 Stück acceptirt, 300 Stück zurückgelegt worden. — Weiterhin wurden alle diese 1150 Stück als empfangen bezeichnet. — Der Beklagte erklärte sich duplicando ausweichend. Hierauf wurde dem Beklagten die Auflage gemacht:

> sich sub poena confessi über die Behauptung des Klägers zu erklären, daß er, Beklagter, 1150 Stück Häute, oder wie viel weniger empfangen habe oder habe empfangen lassen.

In Folge dieser Auflage brachte der Beklagte das Kind'sche Attest (H. G. Act. [14]) bei, des Inhalts,

> „daß er, *Kind*, von den zuerst gelandeten Angostura-Häuten ex Bolivar, 850 Stück, gewogen 15,357 ℔, für den Beklagten empfangen", ferner in Auftrag und Einverständniß mit dem Kläger, die geringsten Häute

zurückgeworfen, und davon 300 Stück, gewogen 5791℔, als Notiz ins Gewicht genommen habe".

Bei Production dieses Attestes erklärte der beklagtische Anwalt, daß er den Inhalt desselben als richtig anerkenne.

Demnach kann nicht leicht Etwas bestimmter anerkannt oder eingeräumt sein, als dies hier in Betreff des Statt gehabten „Empfanges" geschehen ist. — Der Beklagte muß somit die 850 Stück Häute als empfangen gelten lassen und bezahlen, es
pag. 31. wäre denn, daß er besondere Momente vorzubringen im Stande sein sollte, welche ein anderes Resultat motivirten. Solche Momente sollen sein:

a) daß die verkauften Häute Eine ganze und untrennbare Partei bilden. Dies würde indessen nicht in Betracht kommen, wenn, wie hier der Fall, der Beklagte auf eine theilweise Lieferung einging und dieselbe durch Empfang genehmigte,— Außerdem ist aber jene Annahme an sich unbegründet. Es ist keine „Partei", sondern es sind „2700 bis 3000 Stück Häute" verkauft, welche auf keine Weise als ein Sortiment oder als etwas ihrem Wesen nach Zusammengehöriges angesehen werden können. Auch ist durch die conventionell festgesetzte Ausscheidung der Seebeschädigung ausdrücklich vereinbart, daß es nicht auf die Totalität
pag. 32. einer gewissen zusammengebrachten Masse von Häuten, sondern auf die Beschaffenheit der einzelnen Stücke ankommen solle, und daß mithin partiell empfangen werden müsse, partiell zurückgewiesen werden dürfe.

b) Der Beklagte will die 850 Stück Häute nicht unter seine Verfügung genommen haben. — Daß dies ursprünglich wirklich geschehen sei, möchte man nach dem beklagtischerseits anerkannten Atteste des Maklers Kind annehmen dürfen, wogegen es gewiß ist, daß auch die 850 Stück Häute beim Fortgang der Sache unter die Obhut des Kind als Sequesters gekommen sind. Allein es ist rechtlich gleichgültig, was der Beklagte mit der empfangenen Waare vorgenommen oder wie er sich in Beziehung zu derselben verhalten hat. — Der Empfang
pag. 33. ist der auf reelle Oblation des Verkaufs-Gegenstandes folgende Act, durch welchen der Käufer erklärt, daß er denselben als Er-

Digitized by Google

füllungsmittel des Handels gelten lasse. Wie der Käufer sich weiter in Beziehung zu dem offerirten und genehmigten, auch nicht etwa vom Verkäufer wiederum zurückgenommenen Gegenstand verhalte, betheiligt den letzteren nicht.

c) Es seien Mängel an den 850 Stück Häuten vorhanden. — Daß, abgesehen von besonderen Vereinbarungen, welche hier nicht behauptet werden, nur heimliche Mängel den Veranlassungsgrund zu Einreden oder Anfechtungen in Betreff empfangener Waaren oder sonstiger gutgeheißener und entgegengenommener Kaufgegenstände bilden, steht im Recht fest. Von heimlichen Mängeln hat aber der Beklagte Nichts vorgetragen. pag. 34.

Die Beschwerden des Beklagten in Betreff der 850 Stück Häute sind demnach durchgängig zu verwerfen.

IV. Auf die im Vorstehenden berührten 850 Stück Häute bezieht sich ein Antrag des Klägers, den er in voriger Instanz

O. Ger. Act. [3] p. 17.

gestellt hat, und der in Folge der in der gegenwärtigen Instanz vorgekommenen allgemeinen Bezugnahme auf die dortigen Anträge und Ausführungen als hier wiederholt anzusehen ist, daß nämlich dem Kläger für die 850 Stück Häute, weil sie ausgesuchte Waare seien, ein höherer Preis als 28⅓ Groten vergütet werden müsse.

Dem Kläger steht indessen, abgesehen davon, daß sein Antrag insofern unvollständig und dunkel, also formell ungenügend pag. 36. ist, als er es unterlassen hat, die Größe des Preises, den er in Anspruch nimmt, anzugeben, entgegen, daß es unrichtig ist, wenn er hier davon ausgeht, die 28⅓ Groten seien ein Durchschnittspreis, welcher nicht auf jeden einzelnen Theil der zu liefernden 2700 bis 3000 Stück Häute gleichmäßig anzuwenden sei. — Der Beklagte hat, wie keinem Zweifel unterliegt, das Recht, für jenen Preis alle Häute durchweg in einer dem Contracte entsprechenden Beschaffenheit zu verlangen. Sollte ein Theil der Waare erheblich besser geliefert worden sein oder werden, als erforderlich, so könnte der Kläger daraus eben so wenig das Recht ableiten, den Rest in einer dem Contracte nicht

Digitized by Google

entsprechenden minderen Güte zu liefern, wie für das dem Be-
pag. 36. klagten Zugekommene einen höheren Preis in Anspruch zu nehmen.

V. Der Kläger hat durch die Gravamina 4 und 5 beantragt, daß die Condemnation des Beklagten zur Bezahlung der empfangenen 850 Stück Häute auf die, wie oben angeführt, durch den Makler Kind mit ausgeschiedenen 300 Stück Häute ausgedehnt werde, event. verlangt, dem Beklagten möge der Beweis aufgelegt werden, daß und weshalb die 300 Stück Häute nicht als empfangen zu gelten hätten.

Diese Beschwerden entbehren jedes Grundes. Der Empfang der 300 Stück Häute ist vom Beklagten mit Bestimmtheit geläugnet. Der Kläger ist also, wenn er dennoch den Empfang behaupten will, in der Lage, den Beweis desselben führen zu müssen, der ihm auch durch das Handelsgericht auferlegt worden
pag. 37. ist. Nur dann könnte er hier von dem Beweise befreit erscheinen, wenn der Umstand, daß die 300 Stück Häute in's Gewicht genommen worden, eine Präsumtion für den Empfang begründete. Dies kann indessen einleuchtender Weise nicht angenommen werden, da die Wägung einer Waare in keiner nothwendigen Verbindung mit einer Statt findenden Empfangshandlung steht.

VI. Die sechste Beschwerde des Klägers, daß der Makler Kind nicht als parteiisch von seiner Stelle als Sequester entfernt und durch eine andere geeignete Persönlichkeit ersetzt worden sei, konnte eben so wenig in der gegenwärtigen, wie in der vorigen Instanz Berücksichtigung finden. Denn mit Recht hat das Obergericht den hierauf bezüglichen Antrag des Klägers als
pag. 38. formell unstatthaft verworfen. In dem vor dem Obergerichte klägerischerseits angefochtenen Handelsgerichts-Erkenntnisse vom 18. Juni 1857 findet sich gar Nichts, was auf den hier in Rede stehenden Gegenstand Bezug hätte, wie denn bis dahin von dem Kläger nicht einmal ein Antrag auf Bestellung eines anderen Sequesters an das Handelsgericht gerichtet worden war. Das bezeichnete Erkenntniß des Handelsgerichts konnte mithin wegen des fraglichen Punktes überhaupt nicht zu einem Gegenstande der Anfechtung werden. Unter diesen Umständen bedarf es keines

Digitized by Google

Eingehens darauf, ob nicht dem Kläger auch die Nichtberücksichtigung des § 487 der Gerichtsordnung entgegenstehen würde.

Wegen der Kosten dieser Instanz mußte, da die beklagtische Appellation gänzlich zu verwerfen, dagegen auf Grund der klägerischen Appellation in einem nicht unerheblichen Punkte die Sententia a qua zu reformiren war, auf Condemnation des Beklagten in den größeren Theil der Kosten und auf Compensation des Restes erkannt werden. pag. 39.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen J. F. B. zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, wider Dr. M. daselbst, Beklagten jetzt Appellaten und Adhärenten, wegen Injurien, jetzt geführten Beweis betreffend, wird Letzterem die von dem abgetretenen Procurator des Ersteren unterm 11. Januar d. J. allhier eingereichte Substitutions-Anzeige hieneben in Abschrift zur Nachricht mitgetheilt und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch die Adhäsion zwar soviel das beklagtische Gravam. I und III betrifft, als unzulässig zu verwerfen, bezüglich des Grav. II dagegen für statthaft zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 15. September 1856 zwar im Uebrigen zu bestätigen, die gegen Beklagten erkannte Strafe aber auf Einhundertfünfzig Thaler herabzusetzen sei; und wird, unter Compensation der Kosten jetziger Instanz, nunmehr die Sache an das Criminalgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 20. September 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Das Urtheil des Obergerichts vom 15. September 1856,
pag. 2. wodurch das des Criminalgerichts vom 21. September 1855 in so weit, als daſſelbe den dem Beklagten durch Interlocut vom 8. April 1842 und Obergerichts-Erkenntniß vom 29. Mai 1854

vgl. Crim. Ger. Acten [22] und [24].

nachgelaſſenen Einreden-Beweis, daß des Klägers Ehefrau ihm (Beklagten) vor dem Termine vom 15. Juni 1840 angezeigt habe, „Kläger gehe damit um, dritte Perſonen zu Ablegung von Zeugniſſen gegen ihr Gewiſſen zu verführen und ſuche nur deshalb Zeit zu gewinnen“, für überall nicht geführt erklärt und zugleich die Einrede der Wahrheit der gegen Kläger in jenem Termine erhobenen Beſchuldigung als unbegründet verworfen hatte, lediglich beſtätigt, und nur die wegen ſolchen Vorwurfs
pag. 3. dem Kläger zuerkannte Satisfaction von 300 ℛ auf 250 ℛ unter Compenſation von $^1/_{12}$ und Verurtheilung des Beklagten in $^{11}/_{12}$ der Koſten zweiter Inſtanz, herabgeſetzt worden war, hat in jetziger Inſtanz Kläger ausweislich ſeiner in

O. A. Ger. Act. [6].

erſichtlichen Beſchwerden lediglich in der Richtung angefochten, daß der Betrag der zuerkannten Satisfaction bei Unerheblichkeit des von der Sent. a qua angenommenen und gänzlichem Mangel jedes ſonſtigen Milderungsgrundes überall nicht hätte gemindert, vielmehr ſogar über die vom Criminalgerichte feſtgeſetzte Summe und bis zu dem im Klagantrage enthaltenen Belauf von 5000 ℛ erhöhet, allermindeſtens aber nur erſt vorgängig eines Beweiſes
pag. 4. herabgeſetzt werden ſollen, welcher dem Beklagten darüber noch aufzulegen wäre, daß der in

Crim. Ger. Act. [27].

Digitized by Google

beigebrachte Heuzenröder'sche Brief vom 13. Juni 1840, in dessen Empfang eben das Obergericht einen Milderungsgrund gefunden, wirklich vor dem Termine vom 15. ejusd. in seine, des Beklagten Hände gekommen gewesen sei. Es betrifft daher die klägerische Appellation einerseits nur die Hauptsache, nicht aber die wegen der Kosten ergangenen Entscheidungen, andererseits von den drei sowohl materiell selbstständigen als formell von einander scharf gesonderten Decisis des Criminalgerichts-Urtheils vom 21. September 1855 einzig und allein die daselbst sub. 3 dem Kläger zuerkannte Satisfaction und deren Betrag.

Da nun nach

D. A. Ger. Ordn. § 135. pag. 5.

die Adhäsion nur gegen diejenigen Theile des Erkenntnisses zulässig ist, über welche sich auch der Appellant beschwert hat, so konnte von den drei

D. A. Ger. Act. [14].

aufgestellten Adhäsions-Beschwerden des Beklagten weder das dritte auf die wegen der Kosten in dieser Sache ergangenen Entscheidungen bezügliche Gravamen, noch auch das erste für zulässig erachtet werden, welches dahin geht, daß nicht überhaupt des Klägers Antrag auf Satisfaction für erlittene Injurien nach den diesseits erbrachten Beweisen für unbegründet erachtet worden sei, und damit in den Kreis der oberrichterlichen Prüfung auch die in den vom Obergerichte bestätigten criminalgerichtlichen Decisis sub 1 und 2 zu Beklagtens Ungunsten entschiedene pag. 6. Frage zu ziehen gesucht hat, ob und resp. wie weit der vom Beklagten durch mehrgedachte Protocollar-Erklärung dem Kläger gemachte Vorwurf eigentlich von der klägerischen Ehefrau ausgegangen oder gar in Wahrheit begründet sei. Nach der formellen Proceßlage muß daher gegenwärtig die Beweisfrage als definitiv zu Beklagtens Ungunsten abgethan und dies als rechtskräftig festgestellt erachtet werden, daß weder Kläger sich in dem mit seiner Ehefrau geführten Scheidungsprozesse einer solchen Unrechtfertigkeit, als ihm vom Beklagten durch die mehrgedachte Protocollar-Erklärung vorgeworfen, schuldig gemacht, noch auch Beklagten letztere auf Grund und in Folge einer ihm

Digitized by Google

pag. 7. deshalb von der Ehefrau, seiner Mandantin, noch vor dem Termine vom 15. Juni 1840 gewordenen Anzeige, vielmehr motu proprio, wenn auch im Interesse seiner Clientin und vielleicht auf Grund eigener Wahrnehmungen oder anderweiter Mittheilungen abgegeben habe. Indem nun auch für die Frage, ob jener nunmehr als grundlos zu erachtende Vorwurf überhaupt als Injurie zu erachten und von welcher Schwere dieselbe sei, und nicht minder für die Abmessung der deshalb dem Kläger gebührenden Privat-Satisfaction dem Umstande rechtliche Erheblichkeit nicht beizulegen stände, daß etwa Beklagter zu Führung des ihm nachgelassenen Beweises sich in [7] und [17] wenn auch nicht unechter und gefälschter, doch antedatirter und erst hinterher gefertigter Scripturen seiner damaligen Clientin
pag. 8. mitzubedienen sich nicht gescheut, und so noch einer anderweiten Proceß- und Rechts-Ungebühr sich schuldig gemacht hätte, hiernach denn auch in dieser Richtung kein Anlaß gegeben ist, im Interesse des Beklagten und zu Eruirung der näheren materiellen Sachlage die in den Entscheidungsgründen der vorderen Erkenntnisse gelegentlich der Frage, ob durch gedachte Scripturen eine dem Beklagten Seitens der klägerischen Ehefrau noch vor dem mehrgedachten Termine zugegangene Anzeige erwiesen werden könne, hinsichtlich des Ursprunges jener Schriftstücke relevirten Verdachts-Momente einer näheren Prüfung zu unterziehen, so stellt sich der jetzt noch zur Entscheidung stehende Punkt einfach dahin fest, die jenem ohne Grund und aus freieigenem Entschlusse
pag. 9. wider den Kläger erhobenen Vorwürfe, daß er damit umgehe, Dritte zu Ablegung von Zeugnissen wider ihr Gewissen zu verführen, angemessene Ahndung zu ermitteln, wobei die denselben Punkt betreffenden und bloß ein verschiedenes Resultat erzielenden klägerischen und beklagtischen Beschwerden sich füglich zusammenfassen lassen.

In dieser Hinsicht kann nun, daß

A., überhaupt dem Kläger eine Satisfaction gebühre, keinem Zweifel unterliegen. Denn offenbar ist

1. jener Vorwurf von objectiv injuriösem Karakter, und weit entfernt, daß man, wie Beklagter versucht hat, dem Ausdrucke

Digitized by Google

„zu Zeugnissen verführen“ den unverfänglichen Sinn beilegen könnte, es sei damit nur dies dem Kläger nachgesagt, daß er pag. 10.
Dritte, deren Ansichten und Aeußerungen über die zwischen ihm und seiner Frau bestandenen ehelichen Differenzen und die dabei stattgehabten Vorgänge mit seiner eigenen Auffassung und Darstellung nicht harmonirten, von der Unrichtigkeit ihrer Wahrnehmungen und Urtheile zu überzeugen und nur auf Grund dessen zu ihm günstigeren Aussagen zu disponiren gesucht hätte, wird sich höchstens dies zu Beklagtens Gunsten releviren lassen, daß doch jene Aeußerung keinen bestimmten Hinweis darauf enthält, als ob Kläger durch eigentliche Bestechung oder andere strafbare Mittel jene Dritten zu Aussagen wider besseres Wissen hätte bestimmen wollen, und daß die Ausdrücke, es „bezweckten“ des Klägers Manöver bloß, und derselbe „gehe damit um“ Zeugen zu verführen, es noch zweifelhaft könnten erscheinen pag. 11.
lassen, ob diese Zeugenverführung nur als beabsichtigt oder als schon versucht habe bezeichnet werden sollen.

Nicht minder unzweifelhaft ist

2. daß die Rücksichtnahme, welche allerdings der vom Beklagten ganz besonders zu seiner Exculpation urgirten Stellung und Aufgabe eines Sachführers gebührt, nicht dahin führen dürfte, alle und jede Aeußerungen desselben über und wider das vom Gegner seines Clienten bezüglich der Proceßführung beobachtete oder beabsichtigte Verhalten, wenn solches nur als im Interesse der eigenen Partei und zur Wahrung ihrer processualischen oder materiellen Rechte vorgebracht sich darstellen oder doch auffassen lassen, trotz ihres objectiv-injuriösen Inhalts für unbedingt statthaft und schlechthin straflos zu erachten. Daher hat es denn im Allgemeinen gewiß kein Be- pag. 12.
denken, wegen Beleidigungen, welche eine Partei nicht von ihrem Gegner, sondern von dessen Sachführer erfährt, derselben, neben und außer einem etwanigen Antrage auf disciplinare Ahndung, auch eine Privatklage auf Satisfaction zu gestatten, was vorliegend jedenfalls in Folge und auf Grund des Interlocuts rechtskräftig feststeht. Aber auch in concreto kann es, nachdem die vom Beklagten durch Berufung auf angeblich

Digitized by Google

erhaltene Instruction versuchte Exculpation gänzlich mißlungen ist, keinerlei Anstand haben, daß der Kläger mit vollem Rechte für den mehrerwähnten Vorwurf Seitens des Beklagten eine Satisfaction verlangt, so daß die Grundlosigkeit des im
pag. 13. Grav. adh. II. angeregten Bedenkens, ob überall den Rechten nach vorliegend eine Strafe Platz greifen könne, einer näheren Ausführung selbst dann nicht bedarf, wenn man durch das Beweis-Interlocut, weil es nicht nur über die Einreden, sondern auch das Fundament der Klage bis nach erledigtem Beweisverfahren die Entscheidung vorbehalten hat, nicht zugleich die subjective Strafbarkeit des Beklagten für den Fall, daß sich der von ihm dem Kläger gemachte Vorwurf als motu proprio und ohne Grund erhoben herausstellen würde, als rechtskräftig festgestellt ansieht.

Es handelt sich also vorliegend

B., nur noch um die Größe der dem Kläger zu seiner Satisfaction zuzuerkennenden Privatstrafe. Nun wird zwar bei deren Bemessung

pag. 14. 1. vorwiegend auf die Lebensstellung und Vermögenslage des Injurianten schon aus dem Grunde Rücksicht zu nehmen sein, damit nicht die dem Injuriirten zuerkannte Satisfaction für den schuldigen Theil den Karakter einer Strafe so gut wie ganz verliere, und daß die Zahlung der hier dem Kläger zuerkannten oder gar einer höheren Summe für den Beklagten drückend wäre, hat dieser selbst in keiner Weise geltend gemacht. Einerseits hat aber doch auch

a. Kläger, abgesehen von dem durchaus nicht näher substanziirten Vorbringen in

O. A. G. Act. [1] pag. 3. 5. 11.

weder für sein anfängliches ganz exorbitantes Verlangen einer Satisfaction von 5000 *Rt*, noch selbst dafür, daß jedenfalls der wirklich ihm zuerkannte Betrag zu gering wäre, Gründe
pag. 15. von objectivem Gewichte vorzubringen vermocht. Die individuelle Empfindlichkeit aber des Ehrgefühls auf Seiten des Injuriirten kann für den Richter, welcher nur den Maßstab allgemeiner Erfahrung anzulegen berufen wie im Stande ist, zu ungewöhnlich

hoher Bemessung der Strafe so wenig ein Motiv abgeben, als daß, was Kläger vor Allem zu Gunsten seiner auf deren Erhöhung gerichteten Anträge urgirt, für den Injuriirten die Erfüllung des an sich ganz gerechtfertigten Wunsches, durch richterlichen Spruch den Ungrund der erhobenen Beschuldigungen, die Ehrenhaftigkeit seines Karakters und Verhaltens anerkannt zu sehen, den mit Beschreitung des Rechtsweges unvermeidlich verbundenen Aufwand zur Folge hat, und daß dieser hier bei ungewöhnlicher Dauer und Umfänglichkeit der Proceßverhand- pag. 16.
lungen eine den Mitteln des Klägers nicht entsprechende Größe hat erlangen müssen.

Andererseits wird

b. bei aller Rücksichtsnahme, welche gerade bei Injurienklagen sowohl im sachlichen Betrachte als in personeller Beziehung die concreten Umstände des einzelnen Falles zu finden haben, doch bis zu einem gewissen Grade in Betreff der Größe der zuerkannten Strafe zwischen den verschiedenen Gattungen derartiger Rechtskränkung und zwischen den einzelnen Fällen thunlichste Gleichmäßigkeit festzuhalten sein, zumal die dem verletzten Theile gebührende Satisfaction doch an sich und zumeist in dem Obsiege selbst und in der durch die Verurtheilung des Gegners gewonnenen Ehrenerklärung liegt, die Größe der Privatstrafe dagegen mehr nur den Maaßstab bildet, an welchem pag. 17.
Jeder auch ohne specielle Kenntniß des Sachverhalts den Grad der wider Recht erlittenen Verletzung und der dem Verletzten gebührenden Achtung und Anerkennung soll bemessen können. Wenn nun gleich für die dem Kläger vom Beklagten zu leistende Privat-Satisfaction weder der Betrag, bis zu welchem im Wege disciplinarer Ahndung wegen der bei Gelegenheit von Proceßverhandlungen der Gegenpartei zugefügten Beleidigungen auf Grund von

§ 63 und 92 der Ger. Ordn.

eine Geldstrafe wider den Sachführer oder die Partei würde erkannt werden dürfen, noch dies als maaßgebend gelten kann, daß in den vom Beklagten allegirten Fällen wegen falscher Be- pag. 18.
schuldigungen und injuriöser Aeußerungen von gleichem und

Digitized by Google

selbst schwererem Gewichte nur Satisfactionsstrafen von 25 ℛ zuerkannt worden sind, so läßt sich doch nicht verkennen, daß eine Strafe, welche im Vergleiche zu dem hier erkannten, dort überhaupt zulässigen Betrage sich als 10 bis 12fache, resp. als 5 bis 6fache Erhöhung darstellt, weit entfernt, für eine zu geringe erachtet werden zu können, eher eine ungewöhnlich hohe ist, für deren Zuerkennung ganz besondere Gründe vorliegen müßten, und der Umstand allein, daß sie nach den Vermögens- und sonstigen Verhältnissen des Beklagten als eine drückende sich vielleicht nicht qualificiren ließe, zur Rechtfertigung nicht ausreicht.

Diesen allgemeinen, mindestens gegen jede Berücksichtigung
pag. 19. der auf Erhöhung gestellten klägerischen Anträge sprechenden Erwägungen treten nun noch

2. mancherlei specielle, von den vorderen Richtern nur theilweise in Anschlag gebrachte Momente zu Beklagtens Gunsten in dem Maaße hinzu, daß zwar nicht bis auf den von ihm in Antrag gebrachten Belauf von 50, 25 oder gar 5 ℛ, aber doch um ein Erhebliches die zuerkannte Satisfactionssumme weiter herabzusetzen angemessen und gerechtfertigt erscheinen dürfte.

Wie nämlich

a. die Art und Weise, in welcher jene grundlose Protocollar-Beschuldigung vorgebracht ist, weder nach der ihr gegebenen wörtlichen Einkleidung, noch in dem Betrachte, wie Kläger vermeint, ein besonderes Aggravations-Moment darbietet, daß sie in öffentlicher Gerichts-Audienz erfolgte, indem die damit
pag. 20. unvermeidlich gegebene größere Kundbarkeit des dem Kläger gemachten Vorwurfs eben nur Folge des in Bremen bestehenden Proceßverfahrens war, so ist auch

b. mit gutem Grunde von der Sent. a qua ein Milderungsgrund in dem Besitze und Inhalte des vom verstorbenen Postsecretair Heuzenröder unterm 13. Juni 1840 an den Beklagten gerichteten, in

[27] der O. Ger. Acten.

ersichtlichen Briefes gefunden worden. Die erst in jetziger Instanz bestimmt vorgebrachte, früher in eben so dunkler als vager Weise angedeutete Behauptung, es sei auch dieser Brief,

Digitized by Google

wenngleich der Handschrift nach von Heuzenröder herrührend, und jenes Datum des 13. Juni führend, erst hinterher und auf Beklagtens Anstiften gefertigt worden, verdient schon wegen verspäteten Vorbringens formell keine Beachtung. Sie entbehrt pag. 21.
aber auch materiell nicht bloß ausreichender Motivirung, sondern auch nach Inhalt und Ausdruck des fraglichen Schreibens jedes objectiven Anhaltspunktes und ebensowenig hat Kläger irgend etwas von Erheblichkeit gegen die in der Natur der Sache liegende Annahme vorzubringen vermocht, daß dieser vom 13. Juni datirende Brief bis zum 15. zu Händen des an demselben Orte wohnenden Adressanten gekommen sein könne und werde, so daß eine desfalsige Beweisführung ihm nicht einmal zu gestatten, geschweige denn, wie er verlangt, dem Beklagten anzusinnen wäre. Der Inhalt aber jenes Briefes und was Heuzenröder hierin über die mit ihm durch eine Mittelsperson vom Kläger gepflogenen, übrigens schon einer früheren Zeit angehörigen Verhandlungen bemerkt hatte, war, wenn auch ohne arges pag. 22.
Mißverständniß nicht dahin zu deuten, daß er von versuchter Zeugenverführung ein Beispiel liefern und einen Beweis dafür gebe, doch sonst nicht ungeeignet, das geflissentliche Bemühen des Klägers um eine ihm günstige Darstellung seiner ehelichen Differenzen zu bekunden, und die Besorgniß zu erregen, daß derselbe in ähnlicher Weise auch anderweit die ihm für seinen Gegenbeweis noch offen zu erhaltende Zeit möglichst in seinem Interesse zu nutzen beabsichtigen könne und suchen werde. Wenn also auch nicht zur Bewahrheitung, oder auch nur zur Rechtfertigung der nachher gegen Kläger vorgebrachten Anschuldigung, so erscheint doch zur Erklärung und zu theilweiser Entschuldigung des Angriffs, zu welchem sich Beklagter auf die Ehre des Klägers veranlaßt fand, jener Brief nichts weniger als ungeeignet. pag. 23.

Daneben darf

c. bei Würdigung des dem Beklagten zur Last fallenden Verschuldens weder übersehen werden, daß Kläger Inhalts der vielen zu den Acten gekommenen Briefe desselben gerade in der Zeit kurz vor jenem Termine vom 15. Juni 1840 nach den verschiedensten Seiten hin, wenn auch nicht Zeugen für sich zu

Digitized by Google

gewinnen gesucht hat, doch bemüht gewesen ist, solche Personen, welche von den im Scheidungs-Processe zur Sprache gekommenen Vorgängen Kenntniß haben konnten, und nachher wirklich bei der klägerischerseits zur Gewissensvertretung unternommenen Beweisführung darüber vernommen worden sind, zu vorgängigen Aeußerungen über ihre desfallsigen Wahrnehmungen und Erinne-
pag. 24. rungen zu veranlassen, und zu Vergleichung der letzteren mit seiner Auffassung und Darstellung der ehelichen Differenzen zu bestimmen, und daß von diesen, wenn auch nicht unerlaubten doch auffälligen Bemühungen Klägers Beklagter leicht eine allgemeine und unbestimmte Kunde erhalten haben kann, welche grade deshalb Befürchtungen schlimmerer Art zu erwecken und jene Schritte einer Mißdeutung und einer dem Kläger ungünstigeren Auffassung auszusetzen geeignet war, und den Beklagten ebensowohl, trotz mangelnder Benachrichtigung abseiten seiner Clientin, zu Widerspruch gegen weitere Dilationen, als zu derjenigen Einkleidung und Motivirung veranlaßt haben kann,
pag. 25. mittelst deren er in offensichtlicher Uebertreibung die hier in Frage stehenden grundlosen und ehrenrührigen Anschuldigungen gegen den Kläger vorbrachte. Nicht minder darf

d. zu einiger Entschuldigung des Beklagten dienen, daß die in dem Scheidungs-Processe immer sich erneuernden Dilations-Gesuche des klägerischen Anwalts, denen unter der in Frage stehenden Erklärung Beklagter widersprach, um so befremdlicher und verdachterregender erscheinen dürften, als die zu deren Motivirung geltend gemachte Einsendung der Ehescheidungs-Acten an das O. A. Gericht kein Hinderniß darbot, auf Grund der Manual-Acten die injungirte Erklärung über die deferirten
pag. 26. Eide und wegen etwanigen Antritts des Gegenbeweises abzugeben, und ausweislich der allhier eingesehenen diesseitigen Acten, welche ergeben, daß die in dem damaligen gleichzeitigen Processe der klägerischen Ehefrau gegen ihren Mann für nöthig erachtete Adjunction der obigen Ehescheidungs-Acten mittelst Decrets vom 16. Mai 1840 verfügt worden ist, die mit der Bitte um weitere Befristung verbundene Erklärung des klägerischen Anwalts, es sei ohne sein Wissen

die fragliche Acten-Einsendung erfolgt, sogar eine unwahre Behauptung war.

Kommt nun diesem Allen, woraus sich ergiebt, daß Beklagter trotz mangelnder Anzeige seiner Clientin doch nicht alles und jedes Anlasses zu einer, deren Recht und Interesse wahrenden pag. 27.
Erklärung entbehrte, und nicht sowohl wider bessere Ueberzeugung den Kläger beschuldigt, als seine Befürchtungen über dessen Absichten in leichtfertiger Uebertreibung dessen, was zu seiner Kunde gekommen, in das Gewand eines directen ehrenrührigen Vorwurfs bereits versuchter Zeugen-Verführung gekleidet haben mag,

e. noch dies hinzu, daß, wie sehr man auch von einem Sachführer ruhige Besonnenheit und gewissenhafte Vermeidung jedes ungerechtfertigten Angriffs auf den Gegner zu verlangen berechtigt ist, doch auch im Interesse der Rechtspflege, damit nicht, unter der Besorgniß desfallsiger persönlicher Nachtheile und Unannehmlichkeiten, die allseitige und eifrige Wahrnehmung und pag. 28.
Vertretung der Partei-Interessen leide, eine zu große Strenge in Beurtheilung der einem Sachführer zur Last fallenden Unrechtfertigkeiten manches Bedenkliche hat, so durfte bei aller Schwere des dem Kläger gemachten Vorwurfs, und trotzdem daß die desfalls versuchte völlige Exculpation als ganz mißlungen zu betrachten ist, die wider Beklagten erkannte Privatstrafe auch in dem vom Obergerichte geminderten Betrage noch zu hoch, und die aus dem Urtheil ersichtliche, nicht unerhebliche weitere Herabsetzung derselben gerechtfertigt erscheinen.

In Folge dessen und wegen Ungrundes der auf Erhöhung der Satisfaction gerichteten klägerischen Appellation war denn pag. 29.
auch, ungeachtet theilweise die beklagtische Adhäsion als unzulässig zurückgewiesen werden mußte, für die jetzige Instanz auf Vergleichung der Kosten zu erkennen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Bauerschaft Hastedt, Klägerin jetzt Appellantin, wider den Staatsanwalt in Vertretung des Landherrn am rechten Weserufer, Beklagten, jetzt Appellaten und Adhärenten, Befreiung von einer Deichlast und Entschädigung betreffend, wird Letzterem die von dem inzwischen abgetretenen Procuratar der Ersteren eingereichte Substitutions-Anzeige abschriftlich hieneben zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für statthaft zu achten, und Materialien anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 2. Januar 1857, wie hiemit geschieht, in der Hauptsache wieder aufzuheben und das Urtheil des Untergerichts vom 1. April 1856 seinem dispositiven Inhalte nach, mit Wegfall der Worte: „als unbegründet", wieder herzustellen sei.

Bei der für die vorige Instanz erkannten Kostenvergleichung behält es sein Bewenden, wohingegen die Kosten jetziger Instanz nur zur Hälfte zu compensiren, zur andern Hälfte dagegen von der klagenden Gemeinde zu tragen, resp. dem Gegner zu erstatten sind,

und wird nunmehr die Sache an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 21. September 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der gegen den Landherrn am rechten Weserufer erhobenen
pag. 2. und nur in dessen Vertretung vom Staatsanwalt verhandelten Klage, von welcher die vorderen Erkenntnisse mit Recht angenommen haben und jetzt auch klägerischerseits

vgl. O. A. Ger. Act. [1] p. 5. 6 und [16] p. 3.

anerkannt wird, daß sie Namens der gesammten Hastedter Dorfgemeinde, und nicht für die Hastedter Bauleute oder die s. g. Bauerschaft im engeren Sinne erhoben sei, war als proceßhindernde Einrede zunächst und vor Allem

1. der jetzt adhaerendo vom Beklagten weiter verfolgte Einwand entgegengestellt worden, daß für vorliegenden Rechtsstreit weder überhaupt eine Competenz der Gerichte anzuerkennen stehe, noch der Landherr als der rechte Beklagte gelten könnne, und
pag. 3. wie die formelle Statthaftigkeit der wegen Nichtbeachtung dieser proceßhindernden Einrede zur Hand genommenen Adhäsion weder bestritten noch zweifelhaft ist, mußte auch dieselbe als materiell begründet anerkannt werden.

Denn die Wroge-Verfügung, welche im Sommer 1854 von dem Landherrn wegen „mangelnder Beschaffenheit“ und Behufs gehöriger Instandsetzung der zugleich den Weser-Deich bildenden Chaussee-Strecke an den Hastedter Bauermeister, und zwar in seiner Qualität als Vorstand der Dorfschaft oder der Bauerschaft im weiteren Sinne

vgl. U. Ger. Act. [9] p. 12.

erging und welche Inhalts der Citation wie nach Fassung der replikarischen Bitte
pag. 4. vgl. ibid. [3] und [8] p. 23.

nicht etwa bloß den äußern Anlaß, sondern auch mit den Grund und Gegenstand der actio negatoria utilis bildet, mittelst deren die Gemeinde gegen die ihr angesonnene Deichpflichtigkeit Widerspruch erhoben und ihren vermeintlichen Anspruch auf Freiheit

Digitized by Google

von jeglicher Deichlaſt zu verfolgen verſucht hat, kann Inhalts der Acten und nach der ganzen Sachlage nur als eine Verfügung betrachtet werden, welche der Landherr als Deichobrigkeit und im deichpolizeilichen Intereſſe getroffen hat; und weder bildet ſie allein, noch bildet ſie zugleich eine Maaßregel, wodurch etwa nur diejenigen privatrechtlichen Befugniſſe hätten geltend gemacht resp. gewahrt werden ſollen, welche aus den im Jahre 1830 wegen des Deichbruchs vom 2/3 März in und zwiſchen Senat, Bürgerſchaft, Wege-Baudeputation, Landherrn und Bauerſchaft statt- pag. 5.
gehabten, hier einer nochmaligen Darlegung nicht bedürftigen Verhandlungen und Vereinbarungen in Betreff der gedachten Chauſſeeſtrecke und ihrer deichlichen Qualität wie Erhaltung für den Fiſcus erwachſen ſind oder ſein möchten. Nun aber gehören derartige adminiſtrativ-polizeiliche Maaßregeln, welche auf gehörige Inſtandhaltung der Deiche gerichtet und zu wirkſamem Schutze ſowohl der eingedeichten Ländereien als der allgemeinen Landes-Intereſſen unerläßlich ſind, unzweifelhaft zur Competenz der vorgeſetzten Deichbehörde, und nicht blos, daß Letztere ihre desfallſigen Anordnungen ſofort, wenigſtens proviſoriſch zur Ere- pag. 6.
cution bringen darf, unterliegen auch dieſelben ſchon nach allgemeinen deichlichen Grundſätzen, welche vorliegend in

§. 2. und 3. der Br. Ger. Ordn.
Deich-Ordn. von 1850 Art. 92. 93.

eine Unterſtützung und Beſtätigung finden, bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit ſo wenig als ihrer Zweckmäßigkeit einer Cognition der Gerichte, ſondern können vielmehr lediglich Gegenſtand von Remonſtrationen bei der erlaſſenden, oder von Recurſen an die vorgeſetzte Verwaltungs-Behörde, in Bremen an den Senat, werden. Ebenſo wenig ſteht den deichobrigkeitlichen Behörden, welche den einzelnen Deichverbänden, ſeien dieſe nun, wie hier, durch Angehörige Einer Commune oder durch mehrere Bauerſchaften oder wie ſonſt immer gebildet, bei- und vorgeordnet zu pag. 7.
ſein pflegen, dies anzuſinnen, daß ſie ſich in ihrer amtlichen Qualität als Partei an den Rechtsſtreitigkeiten mitbetheiligen, welche etwa zwiſchen dem ihnen untergeordneten Deichverbande und deſſen Mitgliedern, oder zwiſchen einzelnen Deich-Intereſſenten

Digitized by Google

oder mit Dritten über die Deichpflicht und deren Rechtsgrund oder Umfang erwachsen mögen. Hiernach würde denn selbst in dem Falle, wenn aus den unterm 24 März, und 29 Juni 1830 an die Bauerschaft Hastedt ergangenen Senats-Bescheiden

vgl. Anl. C. u. F. in U. Ger. Act. [7] u. [12]

nicht einmal eine subsidiär-provisorische Deichpflichtigkeit der Bauerschaft als Gemeinde, geschweige denn, wohin die im Protokoll vom 16. November 1830

vgl. Anl. B in [6].

niedergelegte Auffassung des Landherrn zu gehen scheint, eine principale sich mit Grund Rechtens sollte herleiten lassen, weder in der landherrlichen Wroge-Verfügung eine wahre Rechtsstörung zu befinden, noch Beklagter verbunden sein, auf einen Rechtsstreit sich in seiner deichobrigkeitlichen Qualität einzulassen, welcher nur dazu dienen soll, das privatrechtliche Deichlasts-Verhältniß, welches für die Hastedter Gemeinde theils gegenüber ihren Angehörigen, insbesondere den Interessenten des alten gebrochenen und verlegten Deiches, theils in Beziehung zum Staat als Eigen-
pag. 9. thümer der theilweise den Weser-Deich bildenden Chaussee bestehe, seinem Ursprunge und Fundamente wie Umfange und rechtlichen Wesen nach zu ermitteln und festzustellen. Es hätte mithin, wenn auch vielleicht wegen damals noch obwaltender Unklarheit der Sach- und Rechtslage, nicht schon a limine judicii, doch am Schlusse des ersten Verfahrens gebetenermaaßen die Klage als zum Rechtswege ungeeignet und keinenfalls gegen den beklagten Landherrn stattnehmig, abgewiesen werden sollen, und war es unbedenklich, auf Grund der Adhäsions-Beschwerden solche Abweisung noch jetzt eintreten zu lassen.

Hiernach haben denn soviel

2. die klägerischen Appellations-Beschwerden betrifft, die in den
pag. 10. vorderen Erkenntnissen, von denen das des Untergerichts die erhobenen Ansprüche selbst auf Befreiung von aller Deichlast für materiell unbegründet erklärt, das des Obergerichts die Klage nur zur Zeit und angebrachtermaßen abgewiesen hat, verschieden beurtheilten Fragen:

a) ob und in wieweit bei jenen Verhandlungen des Jahres 1830 der Bauerschaft Hastedt als Gemeinde in rechtsverbindender

Digitized by Google

Weise eine Deichlast von Obrigkeitswegen auferlegt, resp übereinkunftsmäßig erwachsen sei, und in welchem Verhältnisse solche sowohl zu der vom alten Deiche bestandenen Deichlast, wie zu der dieserhalb den einzelnen Classen und Gliedern der Gemeinde, insbesondere den früheren Bruch-Interessenten obliegenden Leistungen stehen würde?

b) ob wirklich für die der Gemeinde aus gedachten Ver- pag. 11.
handlungen erwachsenen Ansprüche und Befugnisse eine ihr Klagrecht suspendirende Bedingung darin zu finden wäre, daß eine administrative Regulirung der für jene Chausseestrecke fernerweit bestehenden Deichbau-Verhältnisse damals schon dem Landherrn injungirt, aber von demselben bislang so wenig bewirkt als bei demselben beantragt ist? ganz auf sich beruhen zu bleiben. Nicht minder aber ist auch

3. die Frage, gegen wen denn, sei es innerhalb oder außerhalb der Gemeinde, und mittelst welcher Klage die etwa der Hastedter Bauerschaft zustehende Deichlast-Freiheit, so wie deren etwaiger Anspruch auf Ersatz der wider den Bauermeister er- pag. 12.
kannten und vollstreckten Wroge oder der sonstigen bisher resp. fernerweit für sie aus Leistung deichlicher Arbeiten erwachsenen oder erwachsenden Unkosten und Schäden im Wege Rechtens zu verfolgen sein dürfte? als zu richterlicher Official-Erwägung überall nicht gehörig, ganz unerörtert zu lassen und nur darauf zu achten, daß in dieser wie in jener Beziehung durch das jetzt ergehende Urtheil allen etwaigen Rechten der Gemeinde in keiner Weise präjudicirt werde, vielmehr deren Geltendmachung gegen den oder die rechten Beklagten durch geeigneten Vorbehalt gewahrt bleibe. Dem nun aber geschieht, dafern nur der hier von der Bauerschaft verfolgte Anspruch auf Deichlastfreiheit nicht zugleich für materiell unbegründet schon jetzt erklärt wird, durch pag. 13.
das Untergerichts-Erkenntniß vom 1. April 1856, dessen Herstellung adhaerendo erbeten worden ist, um so gewisser ein ausreichendes Genüge, als dessen zweiter Vorbehalt auch pro praeterito d. J. für die etwaigen Ersatz-Ansprüche der Gemeinde sich wirksam erweisen müßte.

Diesem Allen nach war, in Maaßen wie geschehen, seinem decisiven Inhalte nach das Erkenntniß erster Instanz herzustellen,

und konnte auch, daß die gänzliche Rückweisung der wider den Landherrn erhobenen Klage aus anderen Gründen und mit obiger Modification nur zu erfolgen hatte, keinen Grund abgeben, die Klägerin mit Tragung der ihr vom Untergerichte auferlegten
pag. 14. Kosten erster Instanz zu verschonen, wohingegen es bei der überall nicht angefochtenen Compensation für die vorige Instanz zu verbleiben, und in Folge der verschiedenen Beurtheilung, welche die adhaerendo weiter verfolgte proceßhindernde Einrede des Beklagten in den vorderen Urtheilen fand, auch in jetziger Instanz eine theilweise Kostenvergleichung einzutreten hatte.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer.**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann (rect. Julius) Gustav Adolph Maack zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Johann Jacob Hagemann's Wittwe Adelheid Magdalena geb. Fuchs daselbst, Klägerin jetzt Appellatin, wegen Herausgabe von Documenten, jetzt geführten Beweis und in specie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffend, erkennt des Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands

in Anbetracht, daß wenn auch bewandten Umständen nach in der vom Sachführer des Appellanten der Restitutionsbitte

[5] der O. A. Ger. Acten.

beigefügten Versicherung auf seinen Amtseid eine ausreichende Bescheinigung dafür, daß nur durch seine Schuld allein die Appellationsschrift erst nach der mit dem 2. November v. J. abgelaufenen Rechtfertigungs-Nothfrist allhier eingereicht worden sei, wohl gefunden werden könnte, und in sofern die Gewährung der erbetenen Restitution, zumal bei nicht erfolgtem Widerspruche der Appellatin

vgl. ibid. [19].

keinem Bedenken unterliegen würde, daß jedoch die durch Desertion in Rechtskraft getretene Sententia a qua ausweislich der vorliegenden Acten als beschwerend nicht erachtet, sonach auch in dem Verlust des Rechtsmittels eine wirkliche Läsion, deren Vorhandensein nothwendige Voraussetzung jeder Restitution bildet, nicht gefunden werden kann, indem freilich

a) das gänzliche Mißlingen des über die Echtheit des Schuldscheins vom 29. April 1851

[5] der Oberger. Acten.

dem Beklagten auferlegten Zwischenbeweises nicht sowohl die Unechtheit des fraglichen Documents und daß solches nicht vom verstorbenen Hagemann herrühre, festgestellt, als vielmehr nur

Digitized by Google

die Ungewißheit seiner Echtheit nicht gehoben hat und jenen Schein nur als eine zur Beweisführung überhaupt ganz untaugliche und völlig bei Seite zu setzende Urkunde erscheinen läßt, mithin auch nicht, wie Seitens der vorderen Richter geschehen, in dem durch rechtskräftige Entscheidung allerdings definitiv festgestellten Ergebniß des fraglichen Zwischenbeweises eine Widerlegung oder auch nur eine wesentliche Schwächung der der beklagtischen Hauptbeweisführung etwa zu Gunsten des Beklagten und seiner Angaben zu entnehmenden Momente sich finden läßt; indessen doch

b) den Depositionen der Hauptbeweiszeugen, es sei der verstorbene Hagemann Ende April 1851 oder doch um diese Zeit in des Beklagten Wohnung gekommen resp. gewesen, habe daselbst von Letzterem Geld darlehnsweise erhalten und dagegen demselben die hier streitigen Documente in Versatz gegeben oder belassen,

vergl. Oberger. Act. [36] ad art. 3. u. 5. [37] ad art. 4 u. 7

ganz abgesehen von allen sonst etwa obwaltenden Bedenken, schon deßhalb nur ein geringes Gewicht beizulegen steht, weil nach eigener Angabe der Zeugen,

vgl. ibid. [36] .ad art. 2 u. 3. [37] ad art. 4 interr. 2.

Hagemann denselben ganz unbekannt sowohl bis dahin war, als hinterher geblieben ist, und dieselben für die zur Erbringung des Beweises unerläßliche Identität des damals in des Beklagten Wohnung gewesenen Geldempfängers mit dem Manne der Klägerin nichts weiter zu bezeugen vermocht haben, als daß Beklagter jenen Dritten Hagemann genannt habe, hiernach denn für die Richtigkeit der beklagtischen Angaben, obschon der unternommene Beweis nicht für völlig verfehlt zu erklären ist, doch nur einige Wahrscheinlichkeitsgründe durch denselben gewonnen sind, solchergestalt aber und da auch

c) der Gegenbeweis, möge derselbe immerhin noch so wenig ein der Klägerin günstiges Resultat geliefert haben, jedenfalls kein Moment darbietet, welches zu Unterstützung der beklagtischen Angaben auch nur entfernt zu dienen geeignet wäre,

d) nach dem Ergebniß des Zeugenbeweises zwar auf einen nothwendigen Eid, immer aber doch, trotz der dem Beklagten

Digitized by Google

allein beiwohnenden eigenen Wissenschaft von dem Sachverhalte und aller gegen die Glaubwürdigkeit der Klägerin aus deren Antecedentien sich ergebenden Bedenken ungeachtet, lediglich auf ein der Letzteren aufzuerlegendes purgatorium zu erkennen sein würde, hiervon jedoch

e) aus dem Grunde abgestanden und es bei der in den vorderen Erkenntnissen ergangenen, der Klägerin eine Erklärung über den ihr eventuell deferirten Schiedseid auflegenden Entscheidung belassen werden konnte, weil Beklagter einen Antrag auf eine derartige Reformatoria nicht gestellt, sondern nur darüber, jedoch dem Obigen nach ohne allen Grund sich beschwert hat, daß nicht auf ein von ihm zu leistendes suppletorium erkannt worden sei, worauf ein um so entscheidenderes Gewicht zu legen ist, als dem letzten Erfolge nach und für den voraussichtlichen schließlichen Ausgang des Rechtsstreits die Auflegung eines purgatorii in der Sachlage und selbst in Betreff des Kostenpuncts nichts ändern würde,

für Recht:

daß die vom Apellanten gegen Versäumung der Einführungs- und Rechtfertigungsfrist erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand demselben, wie hiemit geschieht, bewandten Umständen nach, zu versagen, und es demzufolge bei dem angefochtenen Erkenntnisse des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 7. September 1857 zu belassen, auch Appellant in die durch sein Restitutionsgesuch verursachten Kosten zu verurtheilen sei;

und soll nunmehr mit Remission der Voracten an das Obergericht verfahren werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 18. October 1858.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen C. D. Stahlknecht zu Bremen, Beklagtens, jetzt Appellantens, gegen Christ. Friedrich Lürßen zu Delmenhorst, für sich und die übrigen Rheder des Oldenburgischen Schiffes Stedinger, Klägern, jetzt Appellaten, Frachtforderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 6. September 1858, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurück verwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 25. Januar 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

Mit den vorigen Richtern mußte angenommen werden, daß
pag. 2. die auf Anordnung der Correspondenten des Beklagten, Apel u. Comp. zu Singapore, von dem klägerischen Schiffe Stedinger ausgeführte Reise von letzterem Orte nach Maulmain, in Gemäßheit des §. 8. der Chartepartie zu behandeln war, und zwar, worauf es hier allein ankam, daß die auf derselben verdiente Fracht schon zu dem Zeitpunkte, als das Schiff in Maulmain zur Disposition des dortigen beklagtischen Vertreters gestellt wurde, einen von dem Beklagten geschuldeten, fälligen und von dem Schicksal der ferneren Reise oder Reisen des Schiffes unabhängigen Gegenstand bildete.

Hiefür waren die Gründe des Handelsgerichts-Erkenntnisses und insbesondere folgende Erwägung entscheidend.

Dem klägerischen Schiffe wurde von Apel u. Comp. zu
pag. 3. Singapore nicht die Bestimmung gegeben, dort die eigentliche Hauptreise nach Bremen anzutreten, sondern dasselbe wurde nach Maulmain geschickt, um an diesem Platze die für Europa bestimmte Ladung einzunehmen. Daß schon in Singapore 1680 Säcke Pfeffer und einige Garnier-Artikel verladen wurden, änderte hieran nichts. Denn wesentlich ging das Schiff in Ballast nach Maulmain, und erst die 10,000 Säcke Reis, welche Jules Apel an dem letzteren Orte verlud, bildeten die eigentliche Ladung; wie denn auch jene Garnier-Artikel darauf hinführten, daß die wirkliche Beladung erst bevorstehe.

Daß jene Reise von Singapore nach Maulmain ohne Vergütung habe bleiben, das Schiff also nur die Chartepartie-Fracht
pag. 4. von £ 4. für jede in Bremen ausgelieferte Ton habe erhalten sollen, behauptet der Beklagte selbst nicht; im Gegentheile, er

Digitized by Google

erkennt es an, daß für jene Reise die Frachtbestimmung des §. 8. der Chartepartie von £ 400 per Monat habe Anwendung finden müssen. Es würde deshalb besonderer Gründe bedürfen, um die, demgemäß dem Schiffe zugekommene Fracht von dem Ergebnisse der Hauptreise abhängig zu machen. — Von Demjenigen, was der Beklagte in dieser Hinsicht angeführt hat, bedurfte überhaupt nur die Anführung einer eingehenden Prüfung, daß im §. 8. der Chartepartie von den dort als „Zwischenreisen" bezeichneten, nach dem Gutbefinden des Befrachters in den Ostindischen Gewässern zu machenden Fahrten gesagt worden ist, die Fracht dafür solle berechnet werden,

> „anfangend am Tage, nachdem der Capitain sein Schiff (in Singapore) ladefähig erklärt habe, und endend mit dem Tage, an welchem das Schiff wiederum zu Singapore für die nach Bremen bestimmte Ladung ladefertig werde,"

pag. 5.

wodurch bestimmt sei, daß nur eine in Singapore endende Expedition des Schiffes als „Zwischenreise" im Sinne der Chartepartie habe angesehen werden sollen.

Hier hat es seine Richtigkeit, daß die Parteien bei Abfassung der Chartepartie den später wirklich eingetretenen Fall, nämlich eine solche Sachlage entweder nicht berücksichtigt oder doch nicht ausdrücklich erwähnt haben, bei welcher das Interesse des Befrachters es erheischte, und Seitens des Schiffers kein Interesse entgegenstand, nach Beendigung einer zwischen zwei Ostindischen Plätzen ausgeführten Reise das Schiff sofort, ohne erst Singapore wieder zu berühren, nach Bremen abgehen zu lassen. Allein, wie ein solcher Fall von der Anwendung der Bestimmungen der §§. 6. und 8. der Chartepartie nicht ausgeschlossen war, so waren auch die Vertreter der Interessenten vollkommen befugt, wenn der zunächst allein vorgesehene Fall der sofortigen Abladung des Schiffes zu Singapore nach Bremen (§. 5. der Chartepartie) nicht eintrat, eine andere Destination des Schiffes Statt finden zu lassen. Der vorerwähnten Bestimmung des §. 5, „das Schiff zu Singapore mit einer completen und bequemen Ladung Kaufmannsgüter beladen und damit

pag. 6.

pag. 7.

Digitized by Google

direct nach der Weser expediren zu lassen," ist der Befrachter nicht nachgekommen. Das Schiff hat in Singapore, wie oben bemerkt worden, nur einen unerheblichen Theil seiner Ladung erhalten, und dem Hafen von Singapore ist — gleichviel ob durch eine einseitige Willenserklärung des Vertreters des Befrachters, oder unter freier Zustimmung des Capitains — Maulmain als Abladeort substituirt, letzterer Platz somit zum eigentlichen und wahren Anfangsorte der Hauptreise nach Bremen gemacht worden, und dann ergab sich die selbstständige Behandlung der Fracht von Singapore nach Maulmain von selbst.

Hiemit stimmen noch folgende Umstände überein. Die Reise des Schiffes von Singapore hatte lediglich die Bedeutung, daß
pag. 8. der Befrachter das Schiff für diese Reise dazu benutzen wollte, ihm eine Ladung für die Hauptreise zu verschaffen. Für diese, lediglich im Separat-Interesse des Befrachters gemachte Nutzung des Schiffes war die Fracht zweifellos schon bei der Ankunft in Maulmain verdient. — Ferner spricht für die obige Auffassung folgende Bestimmung in dem von Apel u. Comp. in Singapore unterzeichneten Documente: „sodann beginnen die Liegetage wieder;" denn die nach der Chartepartie bestimmten 40 Liegetage fanden nach der nunmehrigen Lage der Sache in Singapore nicht ihre Anwendung; sie sollten dieselbe jetzt in Maulmain finden, und hierin ist deutlich ausgesprochen, daß die eigentliche Beladung des Schiffes erst am letzteren Orte ge-
pag. 9. schehen, und von dort aus die Rück- oder Hauptreise nach der Weser geschehen sollte. — Deshalb heißt es auch in Betreff der Vergütung für die Reise nach Maulmain in dem so eben angezogenen Apel'schen Scheine: „Vom Tage der Versegelung nach Birmah bis zur Entlöschung des Ballastes daselbst Monatstour," worunter nur der in dem §. 8. der Chartepartie näher angegebene Begriff, und dann selbstverständlich mit allen dort angegebenen näheren Bestimmungen verstanden werden kann.

Demnach stellte sich die beklagtische, auf sofortige Abweisung des klagend erhobenen Anspruchs gerichtete Hauptbeschwerde als grundlos dar. — Die eventuelle zweite Beschwerde, daß nicht dem Kläger noch erst der Beweis auferlegt worden

Digitized by Google

ſei, daß es von Apel u. Comp. und Capitain Ammermann beabſichtigt worden, die Reiſe von Singapore nach Maulmain pag. 10.
als eine Zwiſchenreiſe im Sinne des §. 8. der Chartepartie behandelt werden zu laſſen, erledigt ſich dadurch, daß zur Begründung der Klage nichts weiter gehörte, als die Berufung auf die bereits oben berührten in den Acten liegenden Umſtände. — Zu einem ſeinerſeits zu führenden Beweiſe, daß es verabredet worden ſei, die Reiſe von Singapore nach Maulmain ſollte in Betracht des Frachtergebniſſes von dem Schickſal der ſpäteren Hauptreiſe abhängig ſein, hat der Beklagte ſich nicht erboten, auch würde es zu einer ſolchen Beweisanordnung an der hiezu nöthigen factiſchen Subſtanziirung fehlen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer.

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Heinrich Wilhelm Paatz zu Oberneuland, Klägers jetzt Appellanten, gegen Bernhard Dreßler zu Horn, Beklagten jetzt Appellaten, den Kauf eines Grundstücks betreffend, wird dem Beklagten die am 22. November 1858 hieselbst übergebene Substitutions-Anzeige des klägerischen Procurators zur Nachricht abschriftlich mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, daß Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 22. Februar 1858 zu bestätigen und Kläger die Kosten dieser Instanz dem Beklagten zu erstatten schuldig sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 29. Januar 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) Bruhn, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Käme gegenwärtig

1. nur der Beweis des Umstandes in Betracht, daß der
pag. 2. Beklagte bei dem in Rede stehenden Vorgange in der Döhle'schen Schenke, wie es in dem Interlocute vom 22. September 1856 heißt:

> „in einem solchen Grade betrunken gewesen sei, daß er in Folge dieser Betrunkenheit sich zu einer freien Willensbestimmung in Betreff des fraglichen Verkaufs außer Stande gesehen habe,"

so würde die Entscheidung der vorigen Richter nicht zu bestätigen gewesen sein, und selbst das wäre zweifelhaft gewesen, ob auf ein beklagtisches Suppletorium und nicht vielmehr auf ein klägerisches Purgatorium in Betreff jenes Beweissatzes zu erkennen sei. —

Freilich sind folgende Umstände durch die ohne Ausnahme
pag. 3. unverdächtigen Zeugen bewiesen:

daß der Beklagte dem Trunke ergeben ist,

Testes: Kladde, Lange, Bremermann, Schumacher und Gordon

Act. [21] p. 32.

daß er schon durch eine verhältnißmäßig nicht große Quantität Branntwein in den Zustand der Betrunkenheit geräth,

Testes: Bremermann, Schumacher u. Gordon.

ibidem

Digitized by Google

daß, wenn er betrunken ist, er nicht selten ohne Besinnung und Ueberlegung handelt,

Testes: Kladde, Lange, Schumacher und Gordon.

Act. [21] p. 30—37.

daß er nach Kämena's Aussage

Act. [21] p. 9. pag. 4.

schon im Zustande der Angetrunkenheit in das Döhle'sche Wirthshaus gekommen — jedenfalls aber zur Zeit der Verhandlung mit Paatz — Beklagter etwas angetrunken gewesen ist,

Testes: Kämena, a. a. O.

Döhle [20] p. 7.

daß er bei dem Verlassen der Döhle'schen Schenke — eine halbe oder dreiviertel Stunde nach dem fraglichen Vorgange — „schwer" betrunken, und damals seines Verstandes und freier Selbstbestimmung nicht mehr mächtig gewesen ist,

Testes: Kämena und Döhle

Act. [21] p. 26.

Kladde das. p. 27.

wie denn auch durch den unten näher zu berührenden Hergang bei der Verhandlung über den Verkauf des fraglichen Landes die Wahrscheinlichkeit begründet wird, daß der Beklagte bei pag. 5. demselben sich in einem keineswegs nüchternen Zustande befunden hat; —

gleichwohl kann in diesen Umständen kein voller Beweis der in Rede stehenden Thatsache gefunden werden, da es nicht nur an Zeugen-Aussagen fehlt, welche einen Zustand schwerer Betrunkenheit des Beklagten zu der in Betracht kommenden Zeit — während der Verhandlung zwischen dem Beklagten und dem Kläger — wahrgenommen haben, sondern da im Gegentheile die beiden Hauptzeugen — und zwar gerade diejenigen, welche auch der Beklagte seinerseits gestellt hat, und die zugleich die einzigen Zeugen sind, welche vom Beginn der fraglichen Verhandlungen an gegenwärtig gewesen — Döhle und

Digitized by Google

pag. 6. Kämena — sich dahin äußern, daß sie nicht sagen könnten, der Beklagte habe um jene Zeit sein Bewußtsein nicht mehr gehabt; er sei vielmehr damals freilich etwas angetrunken, aber nicht so betrunken gewesen, daß er nicht gewußt, was er thue.

Act. [21] p. 9. 10. 18. 19.

Unter diesen Umständen hätte auf einen nothwendigen Eid erkannt werden müssen, wenn nicht der übrige Theil der Beweisführung das Material enthielte, um sofort definitiv — und zwar dem Resultate nach in Uebereinstimmung mit den vorigen Richtern — zu sprechen. Dies war der Fall

II. in Betreff des dem Kläger aufgelegten Hauptbeweises,

pag. 7. daß der Beklagte ihm das „Achterland“ bei dem mehrerwähnten Hergange zu den in den Acten angegebenen Bedingungen verkauft habe,

gegen welchen Beweis dem Beklagten der directe Gegenbeweis vorbehalten worden ist, den derselbe in der Richtung angetreten hat, daß es der Verhandlung im Döhle'schen Wirthshause an der zur Herbeiführung eines rechtsverbindlichen Geschäfts nöthigen Ernstlichkeit gefehlt habe.

Die vorigen Richter haben über die Führung jenes Beweises und des entsprechenden Gegenbeweises im Decisum sich nicht ausgesprochen, dagegen in den Motiven zum Erkenntnisse vom 9. November 1857 sich geäußert, „der Kläger habe den

pag. 8. ihm obliegenden Beweis geführt.“ Gleichwohl heißt es unmittelbar vorher, (nur) „die Perfection des Kaufes an sich, ihrer äußeren Erscheinung nach, und abgesehen von der Willensbestimmung des Beklagten, sei durch die Zeugen-Aussagen bewiesen; somit darf es bezweifelt werden, ob wirklich das Obergericht davon ausgegangen ist, daß, abgesehen von dem Beweise der Trunkenheit (und der ausgesetzt gebliebenen Einrede der laesio enormis) definitiv zu Gunsten des Klägers zu erkennen sei. Denn selbstverständlich genügt zu dem Nachweise einer zu Stande gekommenen contractlichen Vereinbarung nicht in allen Fällen der bloße Beweis solcher Handlungen oder Erklärungen, welche ihrer äußeren Erscheinung nach einen Contracts-Abschluß

pag. 9. bewirken können, sondern da, wo der Character der Ernstlichkeit

Digitized by Google

der Verhandlungen erheblichen Zweifeln unterliegt, ist auch dieser letztere unter Umständen von Seiten des Beweisführers darzuthun oder ist es wenigstens der Gegenpartei verstattet die Nicht-Ernstlichkeit ihrerseits zu beweisen. Ueber diesen letzteren Punkt hat sich das Obergericht nicht ausgesprochen.

Läge aber auch ein den Anträgen des Klägers entsprechender Ausspruch des Obergerichts über den vorbemerkten Punkt vor, so würde dies dennoch einer maaßgebenden Beurtheilung des fraglichen Punctes in gegenwärtiger Instanz nicht entgegenstehen, da von Rechtskraft der gedachten Entscheidung hier nicht geredet werden könnte.

Es darf nämlich einer Partei nicht zum Nachtheil ge- pag. 10.
reichen, wenn sie ein Erkenntniß, welches ihren Anträgen entspricht, unangefochten läßt, obwohl Unter-Entscheidungen in einem ihren Ausführungen entgegengesetzten Sinne ausgefallen sind. Es steht ihr vielmehr frei, wenn die andere Partei appellirt, falls es später darauf ankommen sollte, in den folgenden Instanzen auf die verworfenen Momente zurückzukommen.
vgl. O. A. Ger. Erk. in S. Brand c. Lüpking 24. Jan. 1856.

Demgemäß hat der Beklagte mit Recht darauf angetragen, daß eventuell die Frage, ob der klägerische Hauptbeweis geliefert oder resp. durch directe Gegenbeweisführung zerstört sei, mit in den Kreis der richterlichen Beurtheilung gezogen würde, ohne pag. 11.
daß es dazu seinerseits eines besonderen Rechtsmittels bedurfte, welches überdies, wenn an sich erforderlich, hier unstatthaft gewesen sein würde, da der Beklagte es unterlassen hätte, schon das Erkenntniß erster Instanz durch Appellation oder Adhäsion anzufechten.

Nun ist aber unbedenklich anzunehmen, daß, wenngleich die vorigen Richter mit Recht davon ausgegangen sind, daß der äußere Hergang eines Contracts-Abschlusses über das fragliche Land, wenigstens in Betreff der Hauptpunkte des Kaufgeschäftes, bewiesen ist, die Nicht-Ernstlichkeit jener Verhandlungen, wenigstens so weit es auf den Beklagten ankam, und zwar auf eine von dem Kläger nicht zu verkennende Weise, nicht pag. 12.
minder manifestirt worden ist.

Digitized by Google

Hiefür sprechen folgende Umstände

1) der Hergang bei den Verhandlungen.

Unbestrittenermaaßen haben diese letzteren in einer Schenke beim Branntweintrinken Statt gefunden, und zwar war der Beklagte — der angebliche Verkäufer — wie oben gezeigt worden ist, in einem etwas angetrunkenen Zustande.

Es handelte sich um einen für die Verhältnisse des Beklagten sehr bedeutenden Land-Verkauf, auf welchen derselbe ohne alle Vorbereitung und Vorberathung einging, wie es denn gerade der Kläger war, welcher den in Rede stehenden Gegenstand überhaupt in Anregung brachte. — Der Kläger forderte nämlich
pag. 13. den Beklagten auf, er möge ihm sein, des Beklagten, Wiesenland verkaufen. Dies lehnte der Letztere ab, allein er bot nunmehr ohne Weiteres seinerseits sein „Achterland" dem Kläger zum Kauf an; einen Theil seines Grundbesitzes, von welchem die Zeugen Bremermann, Schumacher und Gordon

Act. [21] p. 30.

erklären, daß er nach landmännischer Ansicht gar nicht von der Stelle des Beklagten getrennt werden dürfe. Als der Kläger sich im Allgemeinen bereit erklärte, auf einen Handel hierüber einzugehen, forderte der Beklagte sofort 5000 oder 6000 Rt.

Act. [20] p. 11. [21] p. 14. 15.

Als der Kläger diesen Preis für zu hoch erklärte und —
pag. 14. wie freilich die Zeugen nicht gehört haben, aber der Kläger nach dem Inhalte des von ihm herrührenden Art. prob. 11. gelten lassen muß —

Act. [20] p. 13.

„nach Morgen" handeln wollte, erklärte der Beklagte (l. c.)

„nicht anders handeln zu wollen, als nach Quadratfuß, weil dies jetzt Mode geworden sei."

Diese Aeußerung, nach Quadratfußen handeln zu wollen, deren in Betracht kommende Zahl der Beklagte unmöglich im Kopfe haben konnte, und überdies die Wahl dieser Contrahirungsweise aus dem Grunde, weil sie jetzt Mode sei, zeugt davon, daß ein bedeutungsloses leeres Branntweins-Gespräch geführt wurde, von dem der Kläger mit gutem Glauben nicht

Digitized by Google

annehmen konnte, daß es auf Seiten des Beklagten ernſtlich pag. 15.
gemeint ſei.

Denſelben Character behielt die Verhandlung, oder richtiger das Geſpräch, auch ferner. Anfangs forderte der Beklagte 6 Grote für den Quadratfuß, dann 3 Grote, und ſchlug zuletzt zu ½ Grote dem Kläger das Grundſtück zu,

Act. [21] p. 15—16.

worauf er aber alsbald erklärte, der Kläger habe nur einen Kubikfuß Land gekauft, dieſen möge er ſich in beliebiger Weiſe holen.

Act. [21] p. 24.

Hiezu kommt, daß bei dem in Frage ſtehenden, wie bemerkt, für den Beklagten bedeutenden Landhandel Nichts über die genaue Lage, Begrenzung und Größe des erkauften Areals ausgemacht oder auch nur erwähnt, und außerdem kein Wort über höchſt wichtige Nebenbeſtimmungen, z. B. Anzahlung, Traditions- pag. 16.
zeit, Laſſung u. dergl. unter den Parteien vorgekommen, noch auch nur ein Vorbehalt dieſerhalb ausgeſprochen worden iſt.

Indeſſen es ſind auch

2) directe Beweiſe dafür vorhanden, daß ſelbſt äußerlich die Nicht-Ernſtlichkeit der Verhandlungen hervorgetreten iſt.

Der Zeuge Döhle, über dieſen Punkt befragt, lehnte freilich eine beſtimmte Meinungsäußerung über denſelben ab, gab aber doch an:

„Auf ihn, den Zeugen, habe die Verhandlung den Eindruck gemacht, daß der ganze Handel wohl nicht ernſtlich gemeint ſei.“ —

„Er, Zeuge, habe die Sache als ein ſcherzhaftes Wirthshausgeſpräch angeſehen; umſomehr, da ein Handel über pag. 17.
Land nach Fußen unter Landleuten ganz ungewöhnlich ſei.“ —

„Zeuge ſei der Meinung, daß es kein ernſtlicher Handel geweſen ſei.“ „Der Beklagte wolle, beſonders wenn er angetrunken ſei, häufig etwas verkaufen, ohne daß es ernſtlich aufgenommen werde. Dieſes, ſo wie der ungewöhnliche Handel nach Fuß, habe den Zeugen zu der

Digitized by Google

Meinung gebracht, daß der Handel nicht ernstlich gemeint sei."

Act. [20] p. 18. u. 20. [21] p. 16. u. 17.

Und der Zeuge Kämena, welcher gleich dem Döhle ein allgemeines Urtheil ablehnt, deponirte gleichwohl:

pag. 18. „Beklagter habe die Forderung von 5000 ℛ mit lachendem Munde gethan." —

„Die Verhandlungen seien dem Zeugen auffallend gewesen."

Act. [21] p. 13. u. 14.

Faßt man alles Dies zusammen, so ist die Annahme wohl begründet, daß der dem Kläger aufgelegte Hauptbeweis, wenn man denselben auch an sich zur Genüge erbracht anzusehen haben sollte, jedenfalls durch directe Gegenbeweisführung des Beklagten vernichtet ist. — Somit mußte die Entscheidung der vorigen Richter, wenngleich aus anderen Gründen, als auf welche jene gestützt worden ist, bestätigt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) Bruhn, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Gartelmann zu Oberblockland, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Diedrich Hagens zu Schwachhausen, Klägern, jetzt Appellaten und Adhärenten, Unterhaltung eines Weges betreffend, werden Ersterem, unter definitiver Ertheilung des Armenrechts, die vom bisherigen Procurator des Letzteren eingereichte Substitutions-Anzeige, so wie die am 23. November v. J. übergebenen „nachträglichen Appellations-Einreden und Parition“ nebst Anlagen C—E, abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, auch dem Appellaten gebetenermaaßen die Originale gedachter Anlagen, unter Zurückbehaltung einer auf dessen Kosten anzufertigenden Abschrift, retradirt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für statthaft zu erachten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 8. Juni 1857, unter Compensation der Kosten jetziger Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 31. Januar 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) Bruhn, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

I. Sämmtliche Appellations-Beschwerden waren als unbegründet zu verwerfen. Beklagter ist

pag. 2. A. der Meinung, daß die Klage wegen Dunkelheit angebrachtermaaßen hätte zurückgewiesen werden müssen und gründet dies

1) in grav. III. darauf, daß Kläger den durch Vorbescheid des Untergerichts vom 19. Decbr. 1856 zum Zwecke der besseren Aufklärung des streitigen Verhältnisses ihm gemachten Auflagen nicht nach gekommen sei, und deshalb das dortselbst angedrohte Präjudiz einer Klagabweisung angebrachtermaaßen gegen ihn zur Vollziehung kommen müsse. — Nun muß der gedachte Vorbescheid zwar für ein entscheidendes Zwischen-Erkenntniß im Sinne des §. 490. sub b. der Bremischen G. O. insoweit angesehen werden, als er ausspricht, daß das Vorbringen des Klägers bis

pag. 3. dahin noch an Dunkelheit leide. Dagegen kann darin keine rechtskräftige Entscheidung des Inhalts gefunden werden, daß die Dunkelheit nur in der daselbst unter 1. und 2. näher bezeichneten Weise beseitigt werden könnte.

a. Die Auflage sub 1. beruhte auf einer bloßen Vermuthung, und deren Bedeutung kann nicht die gewesen sein, daß wenn die Beibringung der bezeichneten Verfügung des Inspectors der Wetterung dem Kläger nicht möglich sein sollte, dann gleichwohl derselbe mit der erhobenen Klage angebrachtermaaßen abzuweisen sei. Ueber die Unmöglichkeit der Erfüllung jener Auflage aber sind die Parteien einverstanden:

U. G. A. [10] p. 1. 2. 15. 16. vergl. mit

pag. 4. O. A. G. A. [4] p. 13. vers. fin.

Digitized by Google

wie denn auch Beklagter ſelbſt von der Vollziehung des mehrgedachten Präjudizes in Betreff des hier in Rede ſtehenden Punktes zu abſtrahiren geneigt iſt,

O. A. G. A. [4] p. 19.

b. Die Auflage sub 2. ſollte nur den Weg anzeigen, auf dem am Einfachſten und ſicherſten die gerügte Dunkelheit (Mangel einer hinlänglich beſtimmten Angabe über den Umfang der ſtreitigen Laſt) beſeitigt werden könne. Dieſe Beſeitigung auch auf andere Weiſe herbeizuführen kann dem Kläger um ſo weniger haben benommen ſein ſollen, als er dies ſogar nach vollzogenem Präjudiz (wenn gleich nur mittelſt einer neuen Klage) zu thun nicht verhindert geweſen wäre. Es kommt alſo pag. 5.

2) nur darauf an, ob — wie Beklagter dies mittelſt grav. II. geltend macht — es auch noch nach der in der Parition gegebenen Erläuterung an der gehörigen Beſtimmung des in litem deducirten Gegenſtandes fehlt. Dieſe Frage aber iſt zu verneinen. Eine freilich nur nothdürftig genügende Bezeichnung des Streitobjectes iſt durch die in der Parition enthaltene, mit den eigenen Angaben des Beklagten

U. G. A. [7] p. 2.

übereinſtimmende Erklärung beſchafft: daß der untere Kuhgrabenweg in ſo viele Schläge von ca. 143⅕ Fuß getheilt ſei, als die Wetterung Stücke (d. i. von der Achterſtraße bis zum Blockländer Deiche ſich durchſtreckende Stücke, wie ſie aus den beigebrachten Riſſen

Adjung. Act. [7]. pag. 6.

Unterger. A. des gegenw. Proz. [13].

erſichtlich ſind) enthalte, und daß es ſich in concreto um denjenigen Schlag handele, der zu dem Stücke, von welchem Kläger und Beklagter nach dem Chartenextract [11] die daſelbſt bezeichneten Theile beſitzen (ausweislich der adjungirten Acten dem Stücke Nr. 11) gehöre. Es iſt hiermit — da nach der Erklärung der Rechtsvorgängerin des Beklagten in [12] p. 2. der adjungirten Acten auch darüber kein Zweifel obwaltet, daß die Wegſchläge von dem Blockländer Deiche an gezählt werden — wenn auch der ſtreitige Wegſchlag nicht unmittelbar individuell bezeichnet,

Digitized by Google

doch das Mittel gegeben, um deſſen Identität, falls ſich wirklich
pag. 7. jemals Zweifel über dieſelbe ergeben ſollten, feſtſtellen zu können.

Beklagter beſchwert ſich

B. in grav. I. darüber, daß die Klage, ſoweit ſie nicht bloß auf Koſten-Erſatz, ſondern vielmehr auch darauf gerichtet ſei, daß die Freiheit des klägeriſchen Landes von Unterhaltung des fraglichen Wegſchlags anerkannt und die letztere für eine auf dem beklagtiſchen Lande ruhende Laſt erklärt werde, nicht wegen Mangels der Sachlegitimation definitiv abgewieſen worden ſei, und ſtützt dieſe Beſchwerde im Weſentlichen darauf, daß der Kuhgrabenweg ein öffentlicher, der Gemeinde zuſtändiger Weg ſei, die Pflicht zur Unterhaltung deſſelben alſo nur der Gemeinde gegenüber beſtehe und über die Frage, ob und in welchem Maaße
pag. 8. den einzelnen Grundbeſitzern dieſe Pflicht obliege, nur zwiſchen dieſen und den Vertretern der Gemeinde, nicht aber zwiſchen zwei Grundbeſitzern geſtritten werden könne. Nun muß allerdings

1) dem Beklagten darin beigetreten werden, daß die Argumentation, welche das Untergericht dieſem Einwande entgegengeſetzt hat, für zutreffend nicht erachtet werden könne. Denn abgeſehen davon, daß in der Klage und den weiteren Verhandlungen auch nicht eine Andeutung ſich findet, als ſolle der erhobene Anſpruch auf ein culpoſes Verhalten des Beklagten geſtützt werden, ſo iſt überall nicht abzuſehen, wie durch ein Verſchulden des Letzteren ein Rechtsverhältniß ſollte begründet werden können, vermöge
pag. 9. deſſen Kläger die fragliche Anerkennung, wenn er nicht ohnehin auf dieſelbe berechtigt wäre, zu beanſpruchen hätte. Dagegen iſt

2) dem Beklagten nicht zuzugeben, daß die Parteien des gegenwärtigen Rechtsſtreites ſchon deshalb als die richtigen Streittheile nicht angeſehen werden könnten, weil auch, wenn zwiſchen ihnen das vom Kläger beantragte Urtheil ergehen ſollte, doch die Gemeinde daran nicht gebunden, daſſelbe alſo practiſch ganz wirkungslos ſein würde. Die die Gemeinheits-Intereſſen im vorliegenden Falle vertretende Adminiſtrativ-Behörde hat, indem ſie — worüber die Parteien einverſtanden ſind — den fraglichen Wegſchlag für einen „Streitſchlag“ erklärte und deſſen Unter-

Digitized by Google

haltung „auf niederfällige Kosten“ anordnete, im Voraus zu erkennen gegeben, daß sie die zwischen den Parteien ergehende pag. 10.
rechtliche Entscheidung auch ihrerseits zur Richtschnur zu nehmen gedenke; und sollte sie etwa hiervon abstehen wollen, so würde doch ein im gegenwärtigen Rechtsstreite zu Gunsten des Klägers gefälltes Urtheil der Wirksamkeit zwischen den Parteien nicht entbehren. Kläger würde auf Grund desselben in jedem einzelnen Falle vom Beklagten den Ersatz der Kosten beanspruchen können, die er behufs Unterhaltung der fraglichen Wegstrecke auf Anfordern der Administrativ-Behörde aufzuwenden gezwungen wäre. Es kann sich hiernach

3) nur fragen, ob durch Verjährung — welcher Titel dermalen allein in Frage steht — ein Rechtsverhältniß begründet werden konnte, vermöge dessen Beklagter als Besitzer eines bestimmten pag. 11.
in der Wetterung belegenen Landes, zur Unterhaltung des fraglichen Wegschlags, nicht nur der Gemeinde, sondern auch dem Kläger, als Besitzer eines anderen, ebendaselbst belegenen Landes, gegenüber, für verpflichtet zu erachten wäre. Dabei ist aber von der Frage, ob nur unvordenkliche oder ob auch schon 30jährige Verjährung zur Begründung des gedachten Verhältnisses geeignet sei, zu abstrahiren, da Beklagter sein gegen die Nachlassung eines Beweises der 30jährigen Verjährung gerichtetes grav. VI. voriger Instanz gegenwärtig nicht erneuert hat. — Die obige Frage nun ist zu bejahen. Es kann im Hinblick auf § 86. der Deich-Ordn. vom 8. Febr. 1850 und die eigenen Erklärungen der pag. 12.
Streittheile

U. G. A. [3] p. 4. [19] p. 10. 16.

cf. auch die amtlichen Actenstücke [14] — [18].

keinem Zweifel unterliegen, daß die Pflicht zur Unterhaltung des Kuhgrabens ein Annexum der Deichlast bildet, und daher an und für sich auf allen Ländereien der Wetterung haftet, wie es denn auch vom Beklagten ausdrücklich zugegeben ist, daß die Wetterung in viele von der Achterstraße bis zum Blockländerdeich lang sich durchstreckende Stücke getheilt ist, welcher Eintheilung entsprechend auch der Kuhgrabenweg in eben so viele Theile (Schläge) getheilt ist, so daß die Unterhaltung jedes

Digitized by Google

Schlags dem entsprechenden Stücke der Wetterung obliegt.

U. G. A. [7] p. 2.

pag. 13. Sind nun im Laufe der Zeit einzelne dieser ursprünglich einheitlichen Stücke getheilt worden und in den Besitz verschiedener Eigenthümer übergegangen, so wird dadurch an der Pflicht zur Unterhaltung der entsprechenden Wegschläge, der Genossenschaft gegenüber, Nichts geändert. Diese ist sich an die Besitzer der einzelnen Theile dieses Stücks in solidum oder wenigstens pro rata zu halten berechtigt, wie denn auch die Rechtsbegründetheit und Beständigkeit des Verfahrens der Administrativ-Behörde, vermöge dessen sie bis zur rechtlichen Entscheidung der Sache unter den Streittheilen, beide als unterhaltungspflichtig behandelt und die Kosten der Unterhaltung pro
pag. 14. rata von ihnen eingezogen hat, von keiner Seite beanstandet worden ist. Sollte daher während eines entsprechenden Zeitraums und unter den sonstigen Voraussetzungen der Verjährung, der klägerische Theil des Stücks Nr. 11. von der fraglichen Last ganz frei geblieben sein, und der beklagtische Theil dieselbe vollständig und allein getragen haben, so könnte daraus nur ein Rechtsverhältniß zwischen den betheiligten Grundbesitzern hervorgehen und sein rechtlicher Character würde der sein, daß auf dem Lande des Beklagten zum Besten desjenigen des Klägers die Last ruhte, das letztere in Beziehung auf Ausübung der fraglichen Unterhaltungspflicht, der Genossenschaft gegenüber, vertreten zu müssen.

Die rechtliche Möglichkeit einer derartigen Reallast unterliegt in concreto um so weniger einem Bedenken, als dieselbe
pag. 15. für den Bezirk, um den es sich handelt, dadurch, daß der fragliche Wegschlag, ebenso wie verschiedene andere, als ein auf niederfällige Kosten zu unterhaltender Streitschlag behandelt wird, bereits ihre practische Anerkennung gefunden hat,

C. Grav. IV—VI sind bloß consecutiver Natur resp. (Grav. VI) der genügenden Bestimmtheit entbehrend, und finden folgeweise mit den vorhergehenden Beschwerden von selbst ihre Erledigung. — Zweifelhaft konnte dies nur etwa in Betreff des Grav. V

Digitized by Google

sein, „daß dem Kläger noch ein Beweis nachgelaſſen worden iſt.“ Allein daß es ſich auch hier nur um eine Folgerung aus den früheren, und nicht um eine ſelbſtſtändige Beſchwerde handelt, ergiebt ſich

1) aus der Formulirung dieſer Beſchwerde in voriger Inſtanz, daß ihm (sc. dem Kläger) ſtatt deſſen (d. h. ſtatt der pag. 16.
in den vorausgehenden Beſchwerden beantragten Klagabweiſung und Koſtenvertheilung) noch ein Beweis nachgelaſſen iſt,“ und

2) daraus, daß die gedachte Beſchwerde ganz ebenſo, wie Grav. IV und VI in gegenwärtiger Inſtanz als durch die Ausführungen zu Grav. I—III bereits juſtificirt bezeichnet worden iſt.

II. Die Adhäſionsbeſchwerde mußte zwar

A. für ſtatthaft erachtet werden, da Beklagter, indem er Abweiſung der ganzen Klage fordert, auch den Theil des in voriger Inſtanz lediglich beſtätigten Untergerichts-Erkenntniſſes angegriffen hat, gegen welchen die Adhäſion des Klägers gerichtet iſt. Dagegen ſtellt ſie ſich ebenfalls

B. als unbegründet dar. Den Gegenſtand derſelben bildet pag. 17.
— wie eine Vergleichung mit den klägeriſchen Beſchwerden voriger Inſtanz und die Juſtification der Adhäſion in gegenwärtiger Inſtanz ergiebt — nur die Vertheilung der Beweislaſt. Dieſe letztere iſt aber mit vollem Grunde dem Kläger zuerkannt worden. Wenn ſich dieſer zur Begründung ſeiner Beſchwerde

1) auf die für die Freiheit des Eigenthums ſtreitende Präſumtion beruft, ſo ſpricht dieſe gerade gegen ihn. Die Klage kann nach der Ausführung unter I. B. 3. nicht als die negatoriſche, ſondern nur als die auch bei deutſchrechtlichen Reallaſten anwendbare confeſſoriſche aufrecht erhalten werden, — wofür übrigens die Replik eine genügende Rechtfertigung bietet. Bei der confeſſoriſchen Klage aber trifft, der Regel nach, den Kläger pag. 18.
die Beweislaſt und zu einer Abweichung von dieſer Regel fehlt es vorliegend an jedem rechtlichen Grunde. — Namentlich kann

2) die Frage ganz unerörtert bleiben, ob nach Bremiſchem Rechte — abweichend vom gemeinen Rechte — der Beſitzſtand einen Einfluß auf die Beweislaſt bei der confeſſoriſchen Klage übt. Denn es muß — wofür auch die Beſtimmung des §. 4. a. lin. 2. der Brem. G. O. ein unterſtützendes Argument abgiebt —

Digitized by Google

den vorigen Gerichten darin vollkommen beigetreten werden, daß von einem Besitzstande, vermöge dessen die fragliche Last allein von dem beklagtischen Lande getragen würde, jetzt nicht
pag. 19. mehr die Rede sein kann, nachdem seit einer längeren Reihe von Jahren auf Anordnung der Administrativ-Behörde die Kosten der Unterhaltung des fraglichen Wegschlags von beiden Parteien zu gleichen Theilen getragen worden sind.

3) Daß — worauf sich Kläger weiter beruft — nicht er, sondern nur der Beklagte den fraglichen Weg benutzt, steht in facto keineswegs fest und konnte dieser Umstand, auch wenn er erwiesen wäre, nach dem, was über die Natur des streitigen Rechtsverhältnisses oben bemerkt worden, durchaus nicht für entscheidend erachtet werden. Die Berufung

4) endlich darauf, daß die Mutter und Vorbesitzerin des Beklagten die Freiheit des klägerischen und die Belastung des beklag-
pag. 20. tischen Landes mit der ganzen in Frage stehenden Last anerkannt habe, ist ganz grundlos. Beklagter hat, daß eine solche Anerkennung erfolgt sei, bestimmt in Abrede gestellt

U. G. A. [7] p. 14 [19] p. 11 flg.

und die Vorstellung der Wittwe Gartelmann in [16] der Unterger. Act. enthält Nichts weniger, als das Geständniß, welches der Kläger darin finden will.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Canzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hoppe & Kempermann in Bremen, Beklagter jetzt Appellanten, wider Schmidt & Fuhrken daselbst, Kläger jetzt Appellaten, Frachtforderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 13. Juli 1857, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten jetziger Instanz, zu bestätigen sei; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 8. Februar 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) Bruhn, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben den principalen Theil ihrer ersten in
pag. 2. voriger Instanz [2] d. O. Ger. Act. p. 2 aufgestellten Beschwerde in jetziger Instanz fallen lassen, und sich in [5] Nr. 1 d. O. A. Ger. Acten nur noch darüber beschwert, daß der in dem Handelsgerichts-Urtheile vom 19. Januar 1857 unter I. 1. d. gedachte Umstand, das Vorhandensein von Glandern in der Ladung ꝛc. betreffend, als erwiesen angesehen und den Sachverständigen zur Beurtheilung vorgelegt sei.

Nun wird aber der a. a. O. gedachte Zustand der Ladung zur Zeit ihrer Ankunft in Bremen durch die von den unbeanstandeten Zeugen Weyhusen und Sanders bei ihren Vernehmungen gemachten Aussagen

[22] S. 4. 5. d. H. G. Act. — Prot. S. 44—46.

vgl. [29] d. H. G. A.

pag. 3. vollständig bewahrheitet und der von den Beklagten in jetziger Instanz allein wiederholt geltend gemachte Einwand, es stehe darum noch nicht fest, daß die Glandern bei der Ablieferung in Brake vorhanden gewesen und einen Schaden angerichtet hätten, zeugt entweder von einer ungewöhnlichen Unkenntniß der Weise, wie Getreide durch Glandern verschlechtert wird, oder ist geradezu frivol, wie die Kläger in [9] S. 5—7 d. O. A. Ger. Act. mit Grund ausgeführt haben.

Es bedurfte demnach weder einer Untersuchung der Frage, ob der Roggen bei der Abladung in Galatz rein von Glandern gewesen sei — in welcher Beziehung auf die Gründe zum vorigen Urtheil [3] S. 7. 8. d. O. A. Ger. Act. verwiesen werden kann — noch eines Eingehens darauf, ob es zum Behuf

Digitized by

des Sachverständigen-Beweises den Beklagten obgelegen habe, pag. 4.
die Beschaffenheit des Roggens zu constatiren, und jener Beweis
sei, da sie solches unterlassen, für desert zu erklären, worauf
die Kläger auch in gegenwärtiger Instanz wiederum zurückge-
kommen sind.

[9] S. 3—5 d. O. A. G. Act.

Nicht minder mußte die zweite Beschwerde der Beklagten
darüber, daß der Marktwerth des Roggens am 5. April und
nicht der vom 27. März 1856 vom Handels- und Obergerichte
für entscheidend erachtet ist, verworfen werden. Zuvörderst ist
zu rügen, daß der Sachwalt der in [3] S. 10. d. O. A. G.
Act. von dem Obergerichte ihm gewordenen Erinnerung unge-
achtet, bei Aufstellung seiner Beschwerden in jetziger Instanz
[5] d. O. A. G. Act. die gleiche Ungenauigkeit sich hat zu pag. 5.
Schulden kommen lassen. In der Sache selbst steht es durch
rechtskräftige Entscheidung des Handelsgerichts vom 26. Juni
1856 fest, daß die Beklagten den Marktwerth des Roggens zu
der Zeit, als solcher in Brake hätte geliefert werden müssen,
zu beweisen haben, und die demselben beigegebenen Gründe verb.
„um indessen nichts zu vulneriren" ꝛc. setzen es außer Zweifel,
daß über die Frage, ob die Ankunft des Schiffes entscheidend
sei, noch nichts hat festgesetzt werden sollen, und erscheinen daher
die Ausführungen der Beklagten, die Zeit der Ankunft des
Schiffes stehe für die Preisfixirung rechtskräftig fest, ungerecht-
fertigt. Der Schadensersatz, welchen die Verfrachter zu leisten
haben, weil sie ihre contractliche Verbindlichkeit, das einge-
nommene Gut an den Bestimmungsort zu schaffen, und daselbst pag. 6.
gehörig wieder abzuliefern, nicht erfüllten, besteht, abgesehen von
Fällen, wo ein höheres Interesse geltend gemacht und nach-
gewiesen ist, in einer Bezahlung des Marktpreises der Zeit,
wo die Möglichkeit vorhanden war, das Kaufmannsgut zu ver-
werthen, wie solches von dem Ober-Appellationsgericht bereits
in früheren Fällen, deren letzten die Kläger in ihrer Vernehm-
lassung gegenwärtiger Instanz in Bezug genommen haben, aus-
gesprochen ist. Vor der Löschung des Kaufmannsgut kann das-
selbe nun unmöglich in natura an den Markt gebracht werden,

Digitized by Google

und mithin kann auch von einer Verwerthung des fehlenden nicht früher die Rede sein, als bis es sich herausgestellt hat, daß
pag. 7. etwas fehle, was erst zur Zeit der vollendeten Löschung klar wird. Zwar heißt es für einen Fall der vorliegenden Art, wo die Lieferungszeit stillschweigend, z. B. durch Bestimmung des Ortes, an welchem geliefert werden soll, festgesetzt worden ist, in l. 60 D. de verb. obl. 45, 1., die Schätzung richte sich nach dem Zeitpunkte, wo die Waare gefordert werden könne, und das sei der Fall zu der Zeit, quo primum in locum perveniri potuit. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Tag der Ankunft des Schiffes entscheiden müsse, sondern nur, daß er entscheiden könne. Jenes tritt dann ein, wenn der Empfänger eben so bereit ist, die Waare entgegen zu nehmen, wie der Schiffer sie abzuliefern. Gebraucht Ersterer zur Empfangnahme der Natur der Sache
pag. 8. nach oder durch eigenes Verschulden eine längere Zeit, so wird dadurch der Zeitpunkt der Lieferung ohne Weiteres hinausgeschoben. Von den Grundsätzen, die im Falle eines Verzugs eintreten, ist in diesem Falle kein Gebrauch zu machen, und ebensowenig hat die Clausel der Charter: „Entlöschung nach Usance" für die vorliegende Frage eine Bedeutung. Auch kommt für die Preisbestimmung der Umstand, daß nach Ankunft des Schiffes eine Probe von dem Getreide genommen, an den Empfänger gesandt, und nach dieser sofort verkauft zu werden pflegt, im vorliegenden Falle nicht in Betracht, da die Beklagten nicht behauptet haben, daß von ihnen so verfahren sei, wie denn
pag. 9. auch bereits in den Gründen zum Beweis-Urtheil S. 6. darauf hingewiesen ist, daß ein besonderes Interesse, wohin das Obige gehören würde, von den Beklagten nicht geltend gemacht sei.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn, Kanzlist,**

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Friedrich Otten zu Ekel, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Johannes Eduard Grosse zu Bremen, Klägern jetzt Appellaten und Adhärenten, einen Handel über Cichorienmehl betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt und die Adhäsion für statthaft zu erachten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 19. April 1858, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen, unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen, dem Beklagten jedoch, alternativ mit dem in diesem Erkenntnisse ihm freigelassenen auch der Beweis zu verstatten:

daß aus der von ihm dem Kläger eingesandten Probe, nach welcher der in Rede stehende Handel abgeschlossen worden, ohne Anwendung künstlicher Mittel und Zuziehung von Sachverständigen zu erkennen gewesen, daß das darin enthaltene Cichorienmehl mit Kaffee vermischt sei.

Und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 15. Februar 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Kläger ist der Ansicht, daß Beklagter schon deshalb, weil feststehe, derselbe habe mit Kaffee vermischtes Cichorienmehl ge-
pag. 2. liefert, und ohne daß es auf die Qualität dieses Kaffees ankomme, zur Entschädigung salva liquidatione verurtheilt werden müsse; während Beklagter unter andern auch darüber Beschwerde führt, daß das Obergericht auf jene Beimischung von Kaffee an sich irgend Werth gelegt habe.

Es erscheint daher angemessen

I. die Sache zunächst unter Beiseitesetzung der Behauptung des Klägers, daß der dem gelieferten Cichorienmehl beigefügte Kaffee beschädigt (salz und sauer) gewesen, einer Beurtheilung zu unterziehen. — Wenn nun

A. das Handelsgericht die Thatsache der Beimischung von Kaffee an sich aus processualischen Gründen — weil nämlich Kläger gar nicht behauptet habe, daß allein dieser Bei-
pag. 3. mischung wegen er einen Schaden erlitten habe, und jedenfalls eine Liquidation des Schadens aus diesem Grunde nicht versucht sei und nicht vorliege, — unberücksichtigt gelassen hat, so können diese Gründe — wie die vorigen Richter bereits ausreichend gezeigt haben:

O. A. Ger. Acten [3] p. 3. ad 1. und p. 6. ad 3.

— für zutreffend nicht erachtet werden. Es kommt vielmehr

B. auf eine materielle Beurtheilung des in Rede stehenden Punktes an.

Der Kläger behauptet und die Correspondenz bestätigt es, daß der Handel über Cichorienmehl jedoch nach einer vorgelegten Probe, abgeschlossen worden. Geliefert ist, wie durch

Digitized by Google

Geständniß des Beklagten feststeht, mit Kaffee vermischtes Cichorienmehl, und zwar hat sich der Kaffee in zwiefacher Gestalt beigemischt gefunden: pag. 4.

in einzelnen Fässern ganze und halbe Bohnen,
durchgängig gemahlener Kaffee.

Dies letztere ist zwar vom Kläger nicht mit klaren Worten hervorgehoben, bildet aber offenbar den eigentlichen und Hauptbeschwerdepunkt desselben.

cf. namentlich H. G. A. [55] [56] [57].

Kläger glaubt sich nun, der hervorgehobenen Beimischung wegen, zu einer Schadensklage berechtigt. Diese hat er vorläufig auf den entgangenen Gewinn nicht erstreckt, er fordert vielmehr nur das damnum emergens, welches sich (nach seiner Berechnung in [3] der H. G. A. dadurch herausstellen soll, daß ermittelt werde, um wie viel die gelieferte Waare, nach Abzug von Fracht und Unkosten, weniger werth sei, als der dafür be- pag. 5.
zahlte Kaufpreis. Der der Klage zu Grunde liegende Gedanke, welchen Kläger auch in der Protok.-Erklärung vom 6. Juli 1857 keineswegs aufgegeben hat, ist also, daß Kläger die Waare zwar behalten, aber für deren Minderwerth und die durch diesen herbeigeführten sonstigen Nachtheile entschädigt sein will. Dabei ist er auch in der Replik und in voriger Instanz stehen geblieben, indem er ausdrücklich hervorhebt, daß nicht redhibitorisch, nicht auf Rücknahme der Waare geklagt sei,

H. G. A. Prot. p. 9.
O. G. A. [6] p. 7.

und wenn er in gegenwärtiger Instanz beiläufig bemerkt, „die Waare liege noch unverkauft in Newyork und würde Kläger sie gern dem Beklagten gegen Bezahlung des Einkaufspreises und der darauf ruhenden Fracht und Unkosten überlassen,"

O. A. G. A. [11] p. 16. pag. 6.

so hat er damit eine Aenderung der Klage weder vornehmen wollen noch können.

Es fragt sich zunächst

1) ob die hier characterisirte Klage — wie dies Beklagter in Grav. I. I. resp. II. gegenwärtiger Instanz verlangt —

gänzlich oder doch angebrachtermaaßen zurückzuweisen sei. Dies solle

a) deshalb geschehen müssen, weil die Voraussetzungen „der angestellten actio doli“ nicht vorhanden seien. — Es ist nun freilich eine ganz grundlose Supposition, daß die actio doli angestellt sei. Von dieser nur subsidiären Klage kann da, wo eine Vertragsklage gegeben ist, überall nicht die Rede sein. Indessen führt doch der fragliche Einwand des Beklagten auf die
pag. 7. Prüfung der Klagbegründung überhaupt hin.

Sieht man hierbei zunächst noch davon ab, daß der Handel nach Probe geschlossen ist, so würde Kläger unzweifelhaft berechtigt gewesen sein, die ihm gelieferte Waare (ein Gemisch von Kaffee und Cichorienmehl) ohne Weiteres deshalb abzulehnen, weil sie nicht die ihm verkaufte (Cichorienmehl) sei. Um aber mit der erhobenen Entschädigungsklage durchzudringen, genügt es nicht, daß die gelieferte Waare eine andere ist, als die contractmäßig zu liefernde. Sie muß auch eine weniger preiswürdige sein. Dies ist der Punkt an dem, nach Ansicht des Handelsgerichts, die Klage, soweit sie auf die Beimischung von Kaffee an sich gestützt werden sollte, scheitern
pag. 8. würde, indem Kaffee ein werthvollerer Artikel, als Cichorien und es nicht wahrscheinlich sei, daß Kläger durch die Beimischung, wenn dazu unverdorbener Kaffee genommen wäre, einen Schaden erlitten haben würde. Es muß indeß dem Obergerichte darin beigetreten werden, daß dem Kläger die Möglichkeit nicht abgeschnitten werden dürfe, den Beweis eines durch Minderwerth der gelieferten Waare im Gegensatze zu reinem Cichorienmehl ihm entstandenen Schadens auch in anderer Weise, als dadurch, daß er die beschädigte Qualität des beigemischten Kaffees nachweist, zu führen. Die Frage, ob die durch Beimischung fremder Bestandtheile gebildete Substanz einen gleich großen oder vielleicht noch größeren Werth habe, als der Hauptstoff ohne die Beimischung gehabt haben würde, ist eine quaestio
pag. 9. facti, und läßt sich aus dem Werthe, welchen die beigemischte Substanz vor der Verbindung hatte, ja selbst aus der Benutzbarkeit der Mischung ohne Weiteres nicht beantworten. Selbst

Digitized by Google

eine Mischung, welche dem Consumenten (wenn er über Verhältniß und Art der Composition unterrichtet wäre) nicht unwillkommen sein würde, kann für den Wiederverkäufer im Großhandel oder den Detailisten — der Ungewöhnlichkeit der Mischung und der dadurch hervorgerufenen Verdächtigkeit der Waare wegen oder aus anderen ähnlichen Gründen — weit weniger werth sein als die ungemischte Substanz es sein würde.

b) Der hauptsächlichste vom Beklagten für die Zurückweisung der Klage geltend gemachte Grund ist: daß der Handel — wie pag. 10.
dies auch der Kläger anerkennt — nach einer Probe geschlossen worden, und daß bereits diese Probe einen Zusatz von Kaffee enthalten habe. Nun muß allerdings dieser letztere Umstand für bereits feststehend angesehen werden, Kläger hat nicht nur zur Begründung seiner Klage nirgends sich darauf berufen, daß die Probe, welche dem Handel zu Grunde gelegt worden, frei von Kaffeemehl gewesen sei, sondern auch der bestimmten Behauptung des Beklagten, daß bereits die Probe eine Beimischung von Kaffee enthalten, replicando nur die Erklärung entgegengesetzt: er habe darin keinen Kaffee entdeckt und entdecken können.

H. G. A. Prot. p. 7.

Dagegen kann dem Beklagten darin nicht beigetreten werden, pag. 11.
daß der gedachte Umstand ohne Weiteres das Recht des Klägers ausschließe, wegen des durch den beigemischten Kaffee herbeigeführten Minderwerths der gelieferten Waare im Gegensatze gegen reines Cichorienmehl Entschädigung zu fordern. Denn auch beim Kaufe nach Probe ist — wie dies vom O. A. Gerichte bereits früher anerkannt worden — der Käufer berechtigt wegen solcher Mängel, die zwar bereits der Probe anklebten, aber aus derselben nicht zu erkennen standen oder ihm in Folge eines dolus des Verkäufers unbekannt geblieben sind, Schadloshaltung zu fordern. Beides fällt aber im vorliegenden Falle zusammen und pag. 12.
kann den vorigen Richtern darin nicht beigetreten werden, daß Beklagter als in dolo versirend schon darum anzusehen sei, weil er wußte und dem Kläger nicht ausdrücklich anzeigte, daß das Cichorienmehl in der vorgelegten Probe mit Kaffeemehl gemischt sei. Ein dolus ist nur dann vorhanden, wenn diesem seinem

Digitized by Google

Schweigen die Absicht zu Grunde lag, daß Kläger von der gedachten Beimischung keine Kenntniß erhalte. Eine solche Absicht aber kann — wie auch schon das Handelsgericht ausgesprochen hat

H. G. A. [61] p. 2. al. 2 und med.

— dann nicht angenommen werden, wenn die Beimischung so
pag. 13. erkennbar war, daß sie sich schon bei einer gewöhnlichen Untersuchung der Probe ergeben mußte. Ebensowenig ist ein dolus des Beklagten ohne Weiteres darin zu erkennen, daß er in der dem Kläger mitgetheilten Calculation,

H. G. Act. [37].

worin die Herstellungskosten der Waare specificirt werden, eines Kaffee-Zusatzes keine Erwähnung gethan hat. Diese Calculation ist erst nach Abschluß des Handels über die ersten 50 Fässer aufgestellt, also auf diesen jedenfalls ohne Einfluß gewesen. Und durfte Beklagter voraussetzen, daß Kläger durch Prüfung der Probe bereits Kenntniß von der Kaffee-Beimischung habe, so kann seine Absicht bei Mittheilung der Calculation auch nicht
pag. 14. die gewesen sein, denselben in Betreff der zweiten nach eben jener Probe zu schließenden Handels über den Kaffee-Zusatz zu täuschen.

Hiernach würde die Klage soweit sie auf Beimischung von Kaffee überhaupt gestützt ist, allerdings zurückgewiesen werden müssen, wenn feststände, daß bei einer gewöhnlichen Untersuchung der Probe der Kaffee-Zusatz zu entdecken gewesen. Allein zur Zeit steht dies noch keineswegs fest. Kläger hat, nachdem er sich in der Klage allerdings zweideutig über den fraglichen Punkt geäußert, in der Replik bestimmt behauptet, daß er die Beimischung von Kaffee in der Probe nicht entdeckt habe und nicht habe entdecken können, und es kann sich also nur darum fragen,
pag. 15. ob über den fraglichen Punkt ein Beweisverfahren einzuleiten sei, worauf sich Grav. I. 2. des Beklagten bezieht.

c) Das Verlangen einer sofortigen Abweisung der Klage stützt sich weiter darauf, daß Kläger — auch abgesehen von der ihm obliegenden Untersuchung der Probe — gewußt habe, das von dem Beklagten offerirte Cichorienmehl sei mit Kaffee vermischt. Dies wird gefolgert

Digitized by Google

α) aus dem in der Correspondenz vorkommenden Ausdruck „Cichorien-Kaffee." — Aber ohne allen Grund. Bis zum Abschlusse des Handels über die ersten 50 Fässer durch die Briefe vom 12. und 13. Februar in [11] und [32] der Hand.-Ger.-Acten ist nur von Cichorien-Mehl die Rede. Erst am 14. ejusd. braucht Beklagter in Betreff der weiter angestellten 50—70 Fässer pag. 16. den Ausdruck „Cichorien-Kaffee, der promiscue mit Cichorien-Mehl wiederkehrt. Es ist klar, daß mit diesem Ausdrucke eben die Waare gemeint ist, die bis zum Abschlusse des ersten Handels als „Cichorien-Mehl" bezeichnet wurde, und Kläger hatte gar keinen Anlaß, in diesem neuen Namen auch nur eine Hindeutung darauf zu finden, daß die Waare, die er bis dahin — den gebrauchten Ausdrücken nach — für reines Cichorienmehl halten durfte, mit Kaffee vermischtes Cichorienmehl sei.

β) aus dem Briefe des Klägers vom 14. März

H. G. A. [16] verbis:

„und fand, daß einige Fässer insofern nicht nach Probe pag. 17.
und Bedingung fielen, als unter einigen noch Kaffee, theils in halben, theils in ganzen Bohnen, beschädigte Waare, gemischt war."

Kläger — meint der Beklagte — monire hier nicht gegen die Vermischung mit Kaffee, setze diese vielmehr, wie aus dem Worte „noch" sich ergebe, voraus und monire nur gegen die ganzen und halben Bohnen.

O. A. G. A. [1] p. 16. 17.

Allein, der Gedanke, der durch die hervorgehobenen Worte ausgedrückt werden sollte, ist offenbar nicht der, der beigemischte Kaffee sei nicht fein genug gemahlen, sondern: die Waare sei deshalb nicht probemäßig, weil sie außer Cichorienmehl auch noch (beschädigten) Kaffee enthalte. pag. 1.

d) Beklagter hat in erster Instanz geltend gemacht, Kläger habe deshalb keinen Anspruch mehr gegen ihn, weil er es unterlassen, die Waare in Ekel, dem Empfangsorte, zu untersuchen, und weil er, nachdem er in Bremerhaven eine Probe aus 10 Fässern ziehen lassen, und diese einer Prüfung unterworfen, in seinem Schreiben vom 16. März nur wegen des Vorhandenseins

Digitized by Google

von ganzen und halben Kaffeebohnen seine Rechte sich vorbehalten, dies aber als ein Mangel nicht zu bezeichnen sei.

H. G. Prot. p. 5 und 11.

Die Ansicht, als ob Ekel der Empfangsort gewesen, hat Beklagter indeß, nachdem sie vom Handelsgerichte mit Recht reprobirt worden,

pag. 19. H. G. A. [61] p. 4.

aufgegeben,

O. G. A. [5] p. 4. verbis:

„In Bremerhaven hat Kläger die qu. Waare empfangen,"

und es fragt sich somit nur noch, ob sich Kläger durch Unterlassung einer genügenden Untersuchung bei der Lieferung in Bremerhaven, resp. einer gehörigen Benachrichtigung des Beklagten von deren Ergebnissen, präjudicirt habe. Dies kann aber in keiner Weise angenommen werden.

α) Die Correspondenz ergiebt es, das Handelsgericht hat es bereits

H. G. A. [61] p. 2 in f.

ausgesprochen, und vom Beklagten ist dagegen keine Einsprache
pag. 20. erhoben, daß von vorne herein eine Ueberladung von Bord zu Bord beabsichtigt und dem Beklagten dies bekannt gewesen. War dem aber so, so war Kläger zu einer Untersuchung der Waare in Bremerhaven noch gar nicht, sondern erst am Bestimmungsort Newyork verpflichtet. Wenn er gleichwohl in Bremerhaven eine Probe aus 10 Fässern hat nehmen lassen, so that er Alles, was man billigerweise von ihm erwarten konnte, wenn er von denjenigen Mängeln, die ihm sofort beim Anblick der Probe in die Augen fielen, den Beklagten benachrichtigte und in Betreff ihrer seine Rechte sich vorbehielt.

β) Es müßte aber auch, wenn es darauf ankäme, die Untersuchung der in Bremerhaven gezogenen Probe und die
pag. 21. darauf hin dem Beklagten gegebene Erklärung

H. G. A. [16]

für materiell ausreichend erachtet werden. Das Wesentliche ist, daß die gelieferte Waare nicht reines Cichorienmehl, sondern mit

Digitized by Google

Kaffee vermischt war. Ob dieser Kaffee in ganzen und halben Bohnen oder gemahlen sich vorfand, ist für die Frage, ob die Beimischung sofort erkennbar war, allerdings von Bedeutung, für die Qualität der Waare nicht.

e) Der letzte Einwand des Beklagten, daß Kläger, ungeachtet er die Mangelhaftigkeit der Waare gekannt, über dieselbe disponirt und dadurch seine Ansprüche gegen den Beklagten verloren habe, ist in facto und in jure gleich unbegründet. Die pag. 22.
Verschiffung der Waare nach Newyork enthält bei der Construction des Contracts, wonach die Waare eben zum Zwecke dieser Verschiffung von Bord zu Bord zu liefern war, keine selbstständige Verfügung des Klägers über dieselbe. In Newyork liegt die Waare, wie Beklagter nicht geleugnet hat, noch zur Disposition des Klägers. Wäre aber auch über dieselbe disponirt, so würde doch dies — wie das O.-A.-Gericht wiederholt erkannt hat — der hier angestellten Schadensklage keinen Eintrag thun.

Diesem Allen nach müssen Grav. I. 1. und II. des Beklagten für verwerflich erachtet werden.

Es schließt sich hieran

2) Grav. I. 2., womit Beklagter die Nachlassung eines Einredenbeweises über die Beschaffenheit der Probe, nach welcher der Handel abgeschlossen worden, fordert. — Nun ist oben pag. 23.
bereits ausgeführt worden, daß, wenn die Probe so beschaffen war, daß bei einer gewöhnlichen Prüfung derselben die Beimischung von Kaffee entdeckt werden mußte, dann der Kläger dieser Beimischung allein wegen eine Schadensklage nicht anstellen kann. Es kommt also darauf an, ob Beklagter eine in der fraglichen Beziehung genügende Behauptung vorgebracht hat. Dies ist aber allerdings der Fall. Es können die Worte der Exceptionalhandlung:

> „dieser Probe war Kaffee allerdings beigemischt und zwar in der Weise, daß jeder Laie dies erkennen konnte. Mittelst Anwendung eines Microscops oder in Folge einer näheren Betrachtung von Sachverständigen war die Mischung sogar pag. 24.
> genau zu erkennen“ —
>
> H. G. A. Prot. p. 4.

Digitized by Google

nicht — wie Kläger es thut und auch die vorigen Richter es zu thun ſcheinen — dahin, daß erſt mittelſt Microscops u. ſ. w. die Vermiſchung mit Kaffee zu entdecken geweſen, ſondern nur ſo verſtanden werden: daß die Beimiſchung von Kaffee überhaupt auch von Laien ohne künſtliche Mittel wahrzunehmen geſtanden, mit deren Hülfe, oder durch Sachverſtändige aber ſogar das nähere Verhältniß der Miſchung genau habe erkannt werden können. Sollte die Aeußerung ja für mehrdeutig zu halten ſein, ſo hat ſie doch jedenfalls ihre Erläuterung in vorſtehendem Sinne
pag. 25. durch die duplikariſche Erklärung erhalten:

„die Probe, welche Beklagter ad acta gebracht [19] iſt ein Theil derjenigen, welche er dem Kläger (sc. behufs Abſchluſſes des Handels) überſchickte, und dieſe Probe läßt auf den erſten Blick ſo deutlich den Kaffee-Zuſatz erkennen, daß Laien keinen Augenblick zweifelhaft ſein können.“

H. G. A. Prot. p. 10.

Noch fragt es ſich, ob der Zulaſſung des Beklagten zum Beweiſe dieſer ſeiner Behauptung nicht diejenigen Gründe entgegenſtehen, welche vom Kläger gegen den vom Obergerichte
pag. 26. dem Beklagten nachgelaſſenen Beweis geltend gemacht worden ſind und die im Weſentlichen darauf hinauslaufen, daß in der Bezeichnung der Waare als „Cichorienmehl“ und insbeſondere der Aufführung der Beſtandtheile derſelben in der Calculation [37] eine Zuſage (ein dictum promissum) des Beklagten liege, daß dieſelbe frei von anderweiten Zuſätzen — reines Cichorienmehl — ſei. Allein die Calculation in [37], die, wie früher bereits bemerkt, erſt nach Abſchluß des Handels über die erſten 50 Fäſſer aufgeſtellt worden, hat überall nicht den Zweck gehabt, den Käufer über die Beſchaffenheit der Waare zu unterrichten, zu welchem Zwecke vielmehr gerade die mitgetheilte Probe diente.
pag. 27. In dem Abſchluſſe des Handels nach dieſer Probe lag die Uebereinkunft, daß die zu liefernde Waare eine probemäßige ſein ſolle; und wenn der Name mit der wahren, aus der Probe ſich ergebenden, Qualität nicht vollkommen übereinſtimmt, ſo iſt die letztere das Entſcheidende, ſo lange nicht ein verborgener Mangel oder eine doloſe Täuſchung des Käufers mit unterläuft.

Digitized by Google

3) Es bleiben noch die Adhäsionsbeschwerden des Klägers übrig, deren Gesammt-Inhalt der ist: daß, mit Beseitigung eines jeden Beweises, der Beklagte alsbald verurtheilt werde, dem Kläger allen durch die Beimischung von Kaffee entstandenen Schaden salva liquidatione zu ersetzen. Diesem letzteren Verlangen konnte, da dem Beklagten noch ein Einredebeweis nachgelassen war, selbstverständlich nicht entsprochen werden. Es pag. 28.
bleibt gleichwohl zu untersuchen, ob und wie weit die einzelnen im angefochtenen Erkenntnisse enthaltenen Beweise beizubehalten sind.

a) Das Obergericht hat die vom Handelsgerichte dem Kläger gemachte Beweisauflage durch einen Zusatz erweitert, dessen wahre, aus den Entscheidungsgründen zweifellos sich ergebende Bedeutung die ist, daß alternativ mit dem Beweise eines durch Beimischung von beschädigtem Kaffee erlittenen Schadens, der Kläger auch den Beweis führen dürfe, daß ihm durch Beimischung von Kaffee überhaupt ein Schaden in dem von ihm angegebenen oder welchem sonstigen Betrage erwachsen sei. — Es braucht also Kläger nicht — wie er dies bei Aufstellung von grav. adhaes. 1 und 2 vorauszusetzen scheint — in jedem pag. 29.
Falle die beschädigte Qualität des Kaffees und daneben noch einen durch Beimischung entweder von beschädigtem Kaffee oder von Kaffee überhaupt ihm erwachsenen Schaden darzuthun, sondern er hat die Wahl, ob er den Minderwerth der gelieferten Waare im Verhältniß zu reinem Cichorienmehl durch den Nachweis, daß der beigemischte Kaffee beschädigt gewesen, oder in anderer Weise darlegen will. So verstanden gereicht die obergerichtliche Beweisauflage dem Kläger in keiner Weise zur Beschwerde. Es ist klar, daß derselbe nur insoweit Entschädigung beanspruchen kann, als er einen geringeren Werth der gelieferten Waare und in Folge dessen ihm erwachsenen Schaden nachzu- pag. 30.
weisen im Stande ist, und in Betreff dieser Nachweisung ist ihm durch jene Beweisauflage freieste Hand gelassen.

b) Das Obergericht hat gegenüber dem von Kläger geforderten Beweise eines durch die Beimischung des Kaffees ihm erwachsenen Schadens dem Beklagten den Einredebeweis nachgelassen,

Digitized by Google

daß der Kläger bei Abschluß des Vertrags gewußt habe, der Beklagte fabricire nur mit Kaffee vermischtes Cichorienmehl.

Dagegen ist grav. adhaes. 3 gerichtet. Die Gründe, aus denen der Kläger die Streichung des fraglichen Einredebeweises verlangt, haben indeß bereits oben — bei Gelegenheit der anderen
pag. 31. Einrede, daß die Beimischung von Kaffee aus der Probe zu erkennen gewesen — ihre Beurtheilung gefunden, und können hier noch weniger wie dort für zutreffend erachtet werden. Wenn Kläger beim Vertragsabschlusse wußte, daß Beklagter nur mit Kaffee vermischtes Cichorienmehl fabricire, so hat er auch — da es sich nach der Correspondenz gerade um ein Fabrikat des Beklagten handelte — darin eingewilligt, daß ihm eine solche Mischung geliefert werde.

Es bleibt noch

II. die Frage zu beantworten übrig, ob und wie weit es auf die klägerische Behauptung: daß der dem Cichorienmehl beigemischte Kaffee beschädigt gewesen sei, noch besonders ankomme. Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, daß dieser Behauptung für die Klagebegründung an sich keine be-
pag. 32. sondere Bedeutung beiwohnt, während ihr eine solche für die Schadensliquidation möglicherweise zukommen kann. Dieselbe ist aber hauptsächlich deshalb von Relevanz und es gereicht dem Kläger die Beibehaltung des Beweissatzes sub 1. des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 3. September 1857 deshalb nicht zur Beschwerde, sondern zum Vortheile, weil, wenn er diesen Beweis zu liefern im Stande sein sollte, die Einreden des Beklagten nicht mehr zur Zurückweisung der Klage führen, sondern nur noch möglicherweise auf das Entschädigungs-Quantum einen Einfluß üben könnten; letzteres insofern, als wenn mit Kaffee vermischtes Cichorienmehl in abstracto eine minder werthvolle Waare, als reines Cichorienmehl sein sollte, Kläger — insofern er wußte oder wissen mußte, daß ihm eine derartige Mischung
pag. 33. werde geliefert werden — seiner Differenzrechnung nur den Werth dieser letzteren und nicht den des reinen Cichorienmehls zu Grunde legen dürfte.

Digitized by Google

1) Von der Einrede: daß Kläger gewußt habe, Beklagter fabricire nur mit Kaffee versetztes Cichorienmehl, ist es ohne Weiteres klar, daß sie die Beimischung von beschädigtem Kaffee nicht zu rechtfertigen vermag.

2) Eher könnte man zweifeln, ob nicht auch dem auf Beimischung von beschädigtem Kaffee gestützten Entschädigungs-Anspruche gegenüber, Beklagter zu dem, mittelst Grav. I. 2. beantragten Beweise zugelassen werden müsse, daß die gesammte Beschaffenheit der Waare, wegen deren Kläger jetzt Beschwerde führt (also auch die verderbte Qualität des beigemischten Kaffees) aus der Probe zu erkennen gestanden. Indessen beseitigt sich pag. 34. dieser Zweifel schon durch den vom Obergerichte angedeuteten Grund,

O. A. G. A. [3] p. 18.

daß Beklagter die Beimischung von beschädigtem Kaffee geleugnet

H. G. A. Prot. p. 4 in f.

und nirgends mit hinlänglicher Bestimmtheit und Klarheit die eventuelle Behauptung aufgestellt hat, aus der Probe sei zu erkennen gewesen, nicht nur, daß überhaupt Kaffee beigemischt, sondern auch, daß der beigemischte Kaffee beschädigt sei.

3) Wenn endlich Beklagter glaubt, Kläger könne auf die beschädigte Qualität des beigemischten Kaffees nur dann seinen Entschädigungs-Anspruch stützen, wenn er, (Beklagter) beim Verkaufe gewußt habe, daß der qu. Kaffee beschädigt sei, und in dieser Beziehung fehle es an einer entsprechenden Klagebe- pag. 35. hauptung, so kann der letztere Punkt dahin gestellt bleiben. Die beschädigte Qualität involvirt, nach der Bemerkung sub 2. unter allen Umständen einen verborgenen Mangel und ein solcher genügt zur Begründung der gegenwärtigen auf Ersatz des durch den Minderwerth der Waare herbeigeführten Schadens sich beschränkenden Klage.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen der Alt- und Jungmeister des Knochenhauer-Amts in Bremen, Kläger, jetzt Querulanten und Appellanten, wider den Staatsanwalt daselbst, Beklagten, jetzt Querulaten und Appellaten, die Aufhebung einer Verordnung über die Einfuhr und den Verkauf von frischem Fleisch und die Anstellung von Freischlächtern, eventualiter Entschädigung betreffend, werden die von den Procuratoren des Beklagten am 7. Januar und 22. November v. J. hieselbst überreichten Substitutions-Anzeigen den Klägern abschriftlich mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Nichtigkeitsbeschwerde und der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, die wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 13. October 1856 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen, auch gedachtes Erkenntniß, der dawider eingewandten Appellation ungeachtet, unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei; und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 12. März 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

pag. 2. I. Die Kläger verlangen mittelst einer bei dem Obergerichte, wiewohl nach §. 164 der Ober-App.-Ger.-Ordnung unnöthiger Weise, eingelegten, und in Verbindung mit der Appellation hieselbst zeitig eingeführten Nichtigkeitsbeschwerde, welche den Inhalt von Grav. I. dieser Instanz bildet, daß die von dem Obergerichte in der Revisions-Instanz unterm 13. October 1856 gefällte Entscheidung um deswillen als nichtig aufgehoben werde, weil zu solcher drei Richter mitgewirkt hätten, welche durch ihre Betheiligung an den Verhandlungen der Bürgerschaft vom 20. September 1854 in einer besonderen Beziehung zu der gegenwärtigen Sache ständen, und beantragen, daß, wenn es
pag. 3. hiefür in Bremen an unbetheiligten Richtern mangele, die Acten an eine auswärtige Juristen-Facultät versandt würden. Diese Beschwerde war jedoch zu verwerfen. Die in §. 292, c. der Bremischen Ger.-Ordn. enthaltene Regel, daß Niemand das Richteramt verwalten dürfe in einem Falle, wo er in besonderen Beziehungen zu der Rechtssache stehe, leidet nach vielfachen Entscheidungen des Ober-App.-Gerichts dann keine Anwendung, wenn die Person des Richters in ihrer Eigenschaft als Mitglied des Senats oder einer Administrativbehörde bei derjenigen Beschlußnahme sich betheiligt hat, deren Rechtmäßigkeit derzeit in Frage steht. Diese Ausnahme kommt nun zwar in Bremen
pag. 4. derzeit, seitdem durch die Verfassung die richterliche Thätigkeit dem Senate entzogen und einem besonderen Obergerichte überwiesen ist, in früherer Weise nicht mehr zur Anwendung. Das derselben zur Basis dienende Princip, die richterliche Thätigkeit werde nicht ausgeschlossen, wenn die betreffende Person in einer öffentlichen Eigenschaft früher bei der Sache betheiligt ge-

Digitized by Google

wesen sei, und jene Regel beziehe sich nur auf die Beziehungen zur Sache als Privatperson, ist jedoch durch die Verfassung nicht aufgehoben, sondern nur die Fälle der Anwendbarkeit sind seltener geworden. Daß aber die Eigenschaft eines Mitgliedes der Bürgerschaft als eine öffentliche zu betrachten sei, versteht sich von selbst. Der Umstand endlich, daß alle Bürger in Bremen an der Höhe der Fleischpreise ein Interesse haben, vermag selbst- pag 5.
redend die Nothwendigkeit eines auswärtigen Spruches nicht zu motiviren.

II. Mittelst der zweiten Beschwerde verlangen die Kläger auf dem Wege der Appellation die Aufhebung des vorigen Urtheils und ein Erkenntniß in Gemäßheit ihrer Klagbitte. Jedoch ebenfalls ohne Grund.

Anlangend nämlich

A. die principaliter auf Aufhebung der Verordnung vom 1. und der Polizei-Bekanntmachung vom 9. December 1854 gerichtete Klage, so mußte dieselbe als unstatthaft verworfen werden, weil ein derartiger Antrag die Grenzen der Richterbefugnisse überschreitet. Zwar vermeinen die Kläger, die erstgedachte Verordnung sei ungültig erlassen, weil es derselben an der im §. 119 der Verfassung vorgeschriebenen vorgängigen pag. 6.
Begutachtung der Gewerbekammer mangle, und der Richter daher befugt sei, deren Nichtvorhandensein auszusprechen. Allein, wenn auch dem Richter die Befugniß nicht abzusprechen ist, zu untersuchen, ob die verfassungsmäßigen Factoren der Gesetzgebung zu einem Gesetze, dessen Rechtsbeständigkeit bestritten wird, mitgewirkt haben, so konnten doch in Bremen nach §. 58, b. der Verfassung nur der Senat und die Bürgerschaft als solche Factoren angesehen werden, und der Richter würde seine Befugnisse überschreiten, wenn er sich in eine Untersuchung darüber einlassen wollte, ob sich Senat und Bürgerschaft die ihnen in gewissen Fällen vorgeschriebene Belehrung überhaupt und gehörig pag. 7.
durch Einholen von Gutachten anderer Behörden verschafft haben. Es braucht daher in dem vorliegenden Falle nicht einmal darauf hingewiesen zu werden, daß die Verordnung vom 1. December 1854 nicht als ein Gesetz in Gewerbe-Angelegen-

Digitized by Google

heiten angesehen werden kann, für welches der §. 119 zur Anwendung zu bringen gewesen wäre.

Mit Vorstehendem würde der Antrag der Kläger beseitigt sein, wenn sich annehmen ließe, daß die sämmtlichen Bestimmungen der Verordnung vom 1. December um deswillen, weil sie in solcher stehen, den Character eines von Senat und Bürgerschaft zu erlassenden Gesetzes hätten, und daß die Polizei-Bekanntmachung vom 9. December durch den Schluß der Ver-
pag. 8. ordnung vom 1. December in Beibehalt von §. 57, b. der Verfassung ohne Weiteres legalisirt sei. Diese Auffassung konnte jedoch nicht für die richtige erachtet werden. Die Verordnung vom 1. December enthält, wie theils von dem Senate in den Vorlagen an die Bürgerschaft anerkannt, theils von dem Beklagten ausdrücklich zugestanden ist,

[9] S. 10—12. vgl. [38] S. 65.

nur unter Nr. 1 eine Vorschrift, zu welcher es der Zustimmung der Bürgerschaft bedurfte. Alles Uebrige, worauf auch der Eingang der Verordnung hinweiset, fällt in den Kreis von Verfügungen, bei denen eine Zuziehung der Bürgerschaft nicht erforderlich war, und welche durch die Aufnahme in die Verordnung ihren Character nicht verändert haben. Es muß daher des
pag. 9. Ferneren untersucht werden, ob die Behörden, von welchen sie ausgegangen sind, der Senat und das Polizeiamt, innerhalb des Kreises ihrer Befugnisse gehandelt haben, indem, wenn dieses der Fall ist, eine Klage auf Rücknahme, resp. Vernichtung der betreffenden Verfügungen, ungeachtet des §. 15 der Verfassung, nicht gerechtfertigt sein würde. Die Bejahung jener Frage kann jedoch nach §. 57, q. der Verfassung überall nicht bezweifelt werden, indem hiernach der Senat ausdrücklich befugt ist, Abänderungen der Zunftprivilegien zu treffen, soweit dieselben nicht etwa in die Kategorie gehören, wobei es eines gemeinsamen Wirkens von Senat und Bürgerschaft bedarf. §. 58, d. Daß aber die Ausdehnung der Berechtigung der Schweineschlächter, und die Aufhebung der Verpflichtung, Fleisch nur aus den
pag. 10. Hallen zu verkaufen, unter die Vorschrift des §. 57, q. der Verfassung fällt, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

Digitized by Google

Nicht minder ist es nach §. 39, b. der Gewerbe-Ordnung unzweifelhaft, daß die Bestellung von Freischlächtern im Allgemeinen zur Competenz des Polizeiamtes gehört, und wenn die Kläger vermeinen, dasselbe sei nur dann dazu ermächtigt, wenn, wie nicht der Fall, die Bänke nicht gehörig besetzt seien, so übersehen sie, daß nach der Fassung des gedachten §. 39, b. das Polizeiamt in diesem Falle dazu verpflichtet ist, an seiner Berechtigung aber auch außerdem, nach vorgängiger — vgl. §. 57, m. der Verf. — Autorisation des hiezu auf Grund von §. 57, q. z. E. der Verfassung ohne Weiteres befugten Senates, hierzu zu schreiten, überall nicht gezweifelt werden kann.

Mußte sonach die principale Klage verworfen werden, pag. 11.
so war

B. die auf Entschädigung gerichtete Klage einer fernerweiten Prüfung zu unterziehen, und es würde sich auch hier zunächst fragen, ob eine solche als Justizsache zur Cognition des Richters stehe. Diese Frage war zu bejahen. Zwar läßt es sich nicht bezweifeln, daß wenn ein Gesetzgeber in wohlerworbene Rechte eingegriffen und den Maaßstab der Entschädigung ausdrücklich vorgeschrieben hat, dem Richter nicht die Befugniß zustehe, um deswillen, weil ein Betheiligter die gewährte Entschädigung nicht ausreichend findet, eine Klage auf Erhöhung derselben seiner Beurtheilung zu unterbreiten. Nicht minder ist es klar, daß dasselbe eintreten muß, wenn der Gesetzgeber jedwede Entschädigung pag. 12.
ausdrücklich versagt hat.

Ob aber darin, daß der Gesetzgeber über die Entschädigungsfrage geschwiegen, eine Aberkennung derselben liege, hat in der neueren Zeit eine verschiedene Beurtheilung erfahren. Während in manchen Ländern

vergl. Hannoversches Staatsgrundgesetz §. 37 und Landesverfassungsgesetz §. 39.

die Annahme von derartigen Entschädigungsklagen dem Richter entzogen ist, und namhafte Schriftsteller über Staatsrecht, z. B.

Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht. 2. Ausg. Th. 2. §. 151. S. 118.

dieser Auffassung sich ebenfalls zuzuneigen scheinen, und nur

Digitized by Google

pag 13. den Weg der Petition und Beschwerdeführung an geeigneter Stelle gestatten, und während die gleiche Ansicht auch von anderen höchsten Gerichten, z. B. dem zu Jena

Seuffert, Archiv, Bd. 2. Nr. 123.

befolgt ist, hat das Ober-Appellations-Gericht, in Uebereinstimmung mit

Pfeiffer, Prakt. Ausführ. Bd. 3. S. 282 f.

und für Bremen insbesondere arg. §. 19 der Verfassung verb. „und sonstige Privatrechte“ sich für die Ansicht erklären zu müssen geglaubt, welche, insofern nicht aus den, dem Gesetze vorhergegangenen Vorlagen und Erörterungen sich mit Bestimmtheit der Wille der Gesetzgebung erkennen läßt, daß jede
pag. 14. Entschädigung abgeschnitten sein solle, eine derartige Klage an sich als Justizsache auffaßt und der richterlichen Entscheidung unterzieht.

Demnach ist derzeit, da eine völlige Bestimmtheit sich in concreto nicht erfinden ließ, zunächst zu untersuchen, ob ein wohlerworbenes Recht vorliege, welches die Kläger zur Geltendmachung einer Entschädigung berechtige.

Dieselben haben sich desfalls vor Allem auf das arrêté des Grafen d'Arberg vom 10. September 1812 berufen, und darin einen Vertrag zwischen der Regierung und dem Knochenhauer-amte finden wollen, welcher in Verbindung mit einer Anzahl von Artikeln des Code civil und der transitorischen Verordnung
pag. 15. vom 13. August 1814 §. 2 und 3 als Basis des Entschädigungs-Anspruchs zu dienen habe. Es ist also nur zu untersuchen, ob das arrêté einen Vertrag enthalte, resp. ob es eine Verfügung sei, aus welcher den Klägern unwiderrufliche Rechte erwachsen sind. Beides war aber entschieden zu verneinen. Prüft man zunächst

a) die Form des gedachten Documents, so kündigt sich dasselbe als arrêté an, und jede Spur einer zweiseitigen Willenserklärung fehlt dem Documente. Unter einem arrêté im technischen Sinne hatte man aber zu der Zeit, wo das in Rede stehende erlassen worden ist, den Beschluß eines Präfecten oder

Digitized by Google

Maire's zu verstehen, mittelst deren sie die Anwendung der Gesetze und Regierungs-Verordnungen näher regulirten,

Merlin Repertoire s. v.

und die Unabänderlichkeit eines solchen Beschlusses stand keines- pag. 16.
wegs fest, eine Abänderung konnte vielmehr durch die vorgesetzte Behörde jederzeit erfolgen. Aus der Form für sich allein würde jedoch noch nicht folgen, daß die Urkunde nicht neben ihrem Character als Regierungsverfügung den Zweck gehabt habe, vertragsmäßige Festsetzungen zwischen dem Präfecten und dem Fleischhaueramte zu constatiren. Daß jedoch in dem vorliegenden Falle dieses beabsichtigt sei, läßt sich

b) aus dem Inhalte so wenig entnehmen, daß derselbe vielmehr unzweifelhaft auf das Gegentheil hinweist. Hiebei wird

1) zunächst ins Auge zu fassen sein, daß das französische Recht keine Zunftverfassung kennt, und dasjenige, was früher pag. 17.
der Zunft als Privatrecht zustehen konnte, sich nur durch das ausschließlich dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehörende Institut der Concession erreichen ließ. Versprach nun der Präfect, eine solche unter gewissen Voraussetzungen, in einem gewissen Umfange für alle Zeiten bestehen zu lassen, so war der Gegenstand dieses Versprechens überall nicht privatrechtlicher Art, und dessen Verletzung stand nicht unter dem Schutz der Gerichte, sondern war, wie aus der Verfassung des ersten Artikels deutlich hervorgeht, zur Cognition der Staatsregierung verstellt. Nur dann würde man jener Concession einen privatrechtlichen Character beilegen können, wenn ihre Ertheilung erweislich an ver- pag. 18.
mögensrechtliche dem Staate zu machende Gegenleistungen geknüpft gewesen wäre. Dieses ist jedoch nicht der Fall. Anlangend nämlich

aa) die Erbauung der Fleischhalle, so ist dieselbe zwar im öffentlichen Interesse erfolgt: allein nach deutlicher Fassung des Eingangs zur Urkunde, nicht als Gegenleistung für den Fiscus, sondern nur als Anlaß für die Ertheilung der Concession. In gleicher Weise sind

bb) die in Art. 5 und 6 verzeichneten Verbindlichkeiten, das zum Gebrauch der Stadt und Hospitäler erforderliche Fleisch

Digitized by Google

unter Abzug von 10% zu liefern, aufzufassen. Auch diese Leistung enthält eine Bedingung für die Ertheilung der Concession, nicht
pag. 19. aber eine obligatorische Gegenleistung.

2) Keinenfalls sind in dem arrêté den Knochenhauern diejenigen Rechte zugesichert, über deren Verletzung sie gegenwärtig Beschwerde führen. Von dem Einführen fremden Fleisches gegen Consumtions-Abgabe steht in demselben so wenig ein Wort, wie von einer Beschränkung der Schweineschlächter in Ansehung des Verkaufs frischen Fleisches. Des Fleischverkaufs aus den Hallen ist zwar im Art. 14 gedacht, jedoch nicht als eines Rechtes der Knochenhauer, sondern als einer Pflicht derselben, deren Beobachtung der Polizeicommissair zu überwachen habe. Eine Fixirung der Freischlächter auf die Zahl von funfzehn, ist in Art. 4 nicht ersichtlich; und es kann um so weniger eine Beschränkung
pag. 20. der Befugniß des Präfecten, ihre Zahl zu verändern, angenommen werden, als in Art. 1 und 2 über die Voraussetzungen, unter welchen dieses bei den Knochenhauern eintreten dürfe, ausdrückliche Zusicherungen gegeben waren. Wenn daher schließlich in Art. 15 es heißt, dem Maire gehe die Liste der 55 Schlächter zu, deren Etablirung damit ausschließlich festgesetzt werde, so ist dieser Artikel in Uebereinstimmung mit dem vorhergehenden zu erklären, und hat sicherlich nicht den Zweck, für sich allein die Schlächter nach allen obgedachten Richtungen hin mit einem unwiderruflichen Privilegium zu versehen.

Bei diesem Ergebniß bedurfte es einer Bezugnahme darauf, wie kurz nach der französischen Zeit das arrêté theils von den Gerichten, theils von den Fleischhauern selbst in dem vom
pag. 21. Knochenhauer-Amt mit Almer's Erben geführten Rechtsstreit aufgefaßt worden sei, überall nicht. Auch konnte von einer Beantwortung der Fragen, ob das Knochenhauer-Amt in die angeblich aus dem arrêté den Knochenhauern erwachsenen Rechte eingetreten sei, und ob die wiederhergestellte rechtmäßige Staatsgewalt die Verpflichtung habe, in etwaige Verträge des französischen Präfecten einzutreten, abgesehen werden.

Es frägt sich vielmehr nur noch, ob die jetzige Staatsgewalt dem Knochenhauer-Amte ein altes Privilegium wieder

Digitized by Google

hergestellt, oder ein neues dahin ertheilt habe, vermöge dessen dieselben befugt wären, die unabänderliche Beibehaltung ihrer bisherigen Zunftrechte, oder doch Entschädigung für deren Minderung zu verlangen. Das ist aber so wenig der Fall, daß vielmehr der Senat bei Bestätigung des Grundgesetzes des pag. 22.
Knochenhauer-Amtes vom 20. October 1815 ausdrücklich die bereits in der ältesten Rolle vom Jahre 1565 enthaltene und später stets wiederholte Clausel,

vergl. [9] S. 38. 39.

nach welcher Er die Befugniß hat, die Zunftgerechtsame zu verändern, zu vermehren und zu vermindern, so wie polizeiliche Verfügungen im Interesse des Publikums zu erlassen, ausdrücklich wiederholt hat; und es ist eine mit Nichts gerechtfertigte Behauptung der Kläger, daß sich diese Bestimmung nur auf die inneren Verhältnisse der Zunft beziehe; vielmehr erhellt aus dem Erlaß des Grundgesetzes mit gedachter Clausel, bei welchem sich das Knochenhauer-Amt fortwährend beruhigt hat, sehr deutlich, pag. 23.
daß wenn den Knochenhauern aus dem arrêté vertragsmäßige Rechte zugestanden haben sollten, das Knochenhauer-Amt dieselben durch Annahme dieses Grundgesetzes ihrerseits aufgegeben habe. Daß aber der Sinn jener Clausel in Bremen nicht der sei, es stehe der Obrigkeit eine Abänderung der Zunftrollen nur dann zu, wenn sie sich mit den Berechtigten vorher über die Leistung einer Entschädigung geeinigt habe, bedarf nach den zahlreichen über die Bedeutung dieser Clausel ergangenen von dem Beklagten angeführten Entscheidungen

[9] S. 34—36.

keiner weiteren Ausführung.

Die Unveränderlichkeit der klägerischen Berechtigungen ist von den Klägern, abgesehen vom arrêté und dessen Anerkennung, auch daraus abgeleitet, daß dieselben den Character einer ding- pag. 24.
lichen an die Fleischhalle geknüpften Berechtigung hätten.

[10] S. 88. 89. [35] S. 43—45.

In dieser Beziehung ist nun zwar so viel unzweifelhaft, daß die Gerechtsame der einzelnen Schlachtermeister an den Besitz in der Fleischhalle geknüpft waren und den Character eines ding-

Digitized by Google

lichen Rechtes hatten. Es läßt sich jedoch durchaus nicht absehen, wie hieraus eine Verpflichtung der Regierung folgen soll, den Inhalt der in dem Privilegium ausgeübten Rechte nicht zu verändern. Das Einzige, was sich möglicherweise hier heranziehen ließe, wäre allenfalls das vor der französischen Zeit bezahlte Annuum von 40 ℛ an die Rheder-Casse. Allein Nichts
pag. 25. weist darauf hin, daß solches ein Aequivalent für die Ausübung des ungeschmälerten Privilegiums hat sein sollen, vielmehr stellt sich dasselbe als eine Abgabe für die Benutzung des Platzes heraus und ist mit der Anlegung der Fleischhalle hinweggefallen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Wilhelm Rauers zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, wider den Staatsanwalt als Vertreters der Eisenbahn-Deputation, Namens des Bremischen Staates, Beklagten jetzt Appellaten, Rückgabe eines Grundstücks, eventuell Entschädigung betreffend, wird dem Kläger die von dem beklagtischen Procurator am 22. November 1858 hieselbst eingereichte Substitutions-Anzeige abschriftlich mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 18. Jan. 1858, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, auch Appellant in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei. Und wird nunmehr die Sache an das Erbe- und Handfesten-Amt zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 29. März 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Bruhn**, Kanzlist,

Loco Secretarii.

Entscheidungsgründe.

Das Obergerichts-Erkenntniß vom 18. Januar 1858 mußte
pag. 2. im Wesentlichen aus den zum Erkenntnisse des Erbe- und Handfesten-Amts vom 15. Mai 1857 ausgeführten Gründen, auf welche auch das Obergericht verwiesen hat, bestätigt werden.

Der Kläger hat seine Klage darauf gerichtet, daß ihm ein von seinem früheren, neben der Bürgerviehweide und an der großen Weidestraße belegenen, im Jahre 1846 durch Expropriation auf den Bremischen Staat übergegangenen Grundstücke nicht zum Bahnhofe und zu den in dessen Nähe angelegten Straßen verwendeter, sondern später öffentlich an Depken und Rutenberg verkaufter Platz, Inhalts 11,103 Quadrat-Fuß, zurückübertragen, eventualiter ihm der Verkaufs-Erlös desselben
pag. 3. ausgekehrt werde; das eine wie das andere gegen seinseitige Vergütung resp. Abrechnung des ihm zugekommenen pro rata Entschädigungsbelaufs.

Nachdem die vorigen Richter seine hierauf gerichteten Anträge gänzlich abgewiesen haben, hat er dieselben in gegenwärtiger Instanz wiederholt und zwar

I. principaliter verlangt, daß auf Grund der auf die fragliche Expropriation sich beziehenden Verhandlungen und der für das Verhältniß zwischen den Expropriirenden und dem Expropriirten geltenden Rechtsprincipien seinem Antrage ohne Weiteres entsprochen werde. Eventualiter hat er

pag. 4. II. beantragt, daß er zu dem Beweise zugelassen werde, daß die Eisenbahn-Deputation dolose, und zwar wissend, daß der in Rede stehende Theil des Grundstückes nicht für die Zwecke der Expropriation erforderlich sein werde, dessen Abtretung verlangt und durchgeführt habe.

Ad I. Unbestritten ist es, daß der in den Senats- und Bürgerschafts-Conventen vom 8. October 1844 und 6. November 1845 gefaßte Expropriationsbeschluß das oben bezeichnete klägerische Grundstück in dessen gesammtem Umfange betroffen hat. Nicht minder gewiß ist es, daß, nach Anleitung des §. 38 des Expropriationsgesetzes von 1843 und des §. 17 der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 die actenkundigermaaßen im August 1846 geschehene Zustellung des Ueberweisungs-Protocolles an die Eisenbahn-Deputation den Bremischen Staat zum Eigenthümer pag. 5.
des in Rede stehenden Grundstücks gemacht hat.

Daß an der vollen Wirkung der vorgedachten Vorgänge der Widerspruch des Klägers gegen die Expropriation, und die von ihm in den Abschätzungs-Verfahren mehrmals ausgesprochene Reservation, das für die neuen Anlagen etwa nicht zu Benutzende zurückfordern zu wollen, Nichts ändern können, ergiebt sich ohne Weiteres aus der Natur der Expropriation als einer Zwangs-Entäußerung. Das Wesen derselben besteht gerade darin, daß gegen den Willen, oder doch ohne die freie Zustimmung des Eigenthümers, die Uebertragung durch einen Machtspruch auf pag. 6.
Grund eines von dem Staate ausgeübten jus eminens, herbeigeführt wird. Das in Anspruch genommene Rückforderungsrecht könnte dem Kläger mithin, abgesehen von dem unter II. zu berührenden Puncte, nur dann zugesprochen werden, wenn entweder

a) dasselbe bei dem Expropriationsbeschlusse für den später eingetretenen Fall der Nicht-Verwendung eines Theils des Grundstücks ihm eingeräumt worden wäre, oder wenn

b) das geltende Recht die Befugniß zu einer solchen Rückforderung allgemein, also auch abgesehen von einer ausdrücklichen Einräumung statuirte.

Nun geht

ad a. aus den Verhandlungen in den Conventen vom 8. October 1844 und 6. November 1845 (an welchen durch diejenigen vom 21. April 1846 in dem hier berührten Puncte Nichts verändert worden ist)

Abdruck der Verhandlung **1844** S. 156 ff. **1845** S. 103 ff. **1846** S. 141 und 160.

Digitized by Google

hervor, daß weder den zu Expropriirenden im Allgemeinen, noch insonderheit dem Kläger ein Rückforderungsrecht für den Fall zugestanden worden ist, wenn ein Theil der zwangsweise abzutretenden Grundstücke — resp. des klägerischen Grundstücks — zu den beabsichtigten neuen Anlagen nicht benutzt werden sollte. Eher könnte man in dem Satze 5. des Beschlusses vom 8. Oct. 1844 (Abdruck S. 156. c.):

pag. 8. „Hinsichtlich derjenigen Parcellen abgetretener Grundstücke, welche bei Anlage des Bahnhofes und Zubehör, wie bei Anlage der Zugänge zu demselben, etwa von der Benutzung ausfallen möchten, ist im Voraus festzusetzen, daß dieselben zum Besten des Bahnhofsfonds nutzbar zu machen, und der etwaige Ertrag derselben lediglich als Beitrag zur Ablösung der Bahnhofsschuld zu verwenden sei,"

eine positive Erklärung des Gegentheils Seitens der im Convente vereinigten Körperschaften erblicken; daß nämlich ungeachtet der etwaigen Nicht-Verwendung einzelner Theile der von

pag. 9. den Expropriaten abzutretenden Grundstücke, dieselben dennoch den Zwecken des Staates dienen und zwar zu Gunsten des Fiscus veräußert werden sollten. Allein es bedurfte einer solchen Erklärung des Gegentheils nicht, vielmehr war der Expropriationsbeschluß schon dann als ein für die zu Expropriirenden vorbehaltloser anzusehen, wenn den Letzteren darin nicht ausdrücklich etwas von den an und für sich eintretenden Rechtsfolgen Abweichendes zugestanden worden war, was, wie bemerkt, hier nicht Statt gefunden hat.

Es kommt somit

ad b. nur noch auf die Frage an, ob das in Bremen geltende Recht den Expropriirten die hier in Rede stehende Rückforderungs-Befugniß allgemein, also auch dann zugestehe, wenn

pag. 10. in dem Expropriationsbeschlusse der fragliche Fall nicht vorgesehen, und über denselben zu Gunsten des Expropriirten nicht verfügt worden sein sollte.

Dies ist mit den früheren Richtern zu verneinen.

Daß das Bremische Expropriationsgesetz vom 14. Mai 1843 keine den Auffassungen des Klägers entsprechende

Vorschrift enthält, geht aus dem Inhalte desselben ohne Weiteres hervor. Die einzige darin enthaltene Bestimmung, in Folge deren ein einmal gefaßter Expropriationsbeschluß außer Kraft gesetzt werden kann, ist diejenige des §. 25, zufolge welches das Recht auf die Zwangs-Veräußerung erlöschen soll, wenn es nicht innerhalb 8 Monate nach Fassung des Beschlusses geltend gemacht wird.

Der Kläger behauptet denn auch gar nicht, daß das Bre- pag. 11.
mische Expropriationsgesetz seinen Ansprüchen eine Stütze gewähre, er leitet dieselben vielmehr aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten und insbesondere aus dem Vorhandensein von Bestimmungen ab, welche, seinen Aufstellungen einigermaaßen entsprechend, in einigen auswärtigen Particulargesetzen sich finden. Allein weder Jenen noch Diesen kann hier Wirksamkeit beigelegt werden. Bloße Billigkeitsrücksichten, wenn und soweit sie überhaupt vorhanden sind, können niemals die Stelle von Rechtsgründen ersetzen und auswärtige Particulargesetze sind als solche für die einheimischen Rechtsverhältnisse unanwendbar. Ein gemeines Recht besteht in Beziehung auf die Expropriation pag. 12.
nicht, und wenn auch in der Uebereinstimmung vieler Expropriationsgesetze über einzelne Puncte unter Umständen Veranlassung dazu gefunden werden kann, etwaige Lücken des einheimischen Gesetzes im Sinne des unter entsprechenden Verhältnissen in verwandten Gesetzen Gültigen auszufüllen, so liegen doch die dazu erforderlichen Voraussetzungen nicht vor. Denn weder kann hier eine Lücke des Bremischen Gesetzes als vorhanden angenommen werden, noch ist eine Uebereinstimmung der auswärtigen Particulargesetze in der vorhin angegebenen Weise vorhanden, wie dies letztere aus den eigenen Ausführungen des Klägers hervorgeht, welcher nur einige wenige auswärtige Gesetze und im Wesentlichen nur solche, welche, wie das Preußische Recht pag. 13.

Bessel und Kühlwetter, Preuß. Eisenbahnrecht. Bd. 1. S. 115 ff.

dem Expropriirten bei theilweiser Nicht-Verwendung des Abgetretenen nicht absolut ein Rücklaufs-, sondern nur beziehungsweise ein Vorkaufsrecht einräumen, für sich geltend gemacht hat.

Digitized by Google

Daß der von dem Kläger beiläufig für sich benutzte Gesichtspunct der condictio sine causa völlig unzutreffend ist, bedarf keiner Ausführung. Der Uebertragung des Grundstücks vom Kläger an den Bremischen Staat lag eine rechtsgültige causa — der Expropriationsbeschluß — zu Grunde; und überdies hat der
pag. 14. Kläger eine vollständige Gegenleistung für das jetzt zu condiciren versuchte Recht erhalten.

Ad II. In Betreff der eventuell vom Kläger zur Hand genommenen actio doli kann es dahin gestellt bleiben, ob nicht unter Umständen das Staatsvermögen mittelst dieser Klage in Anspruch genommen werden könnte, falls den Mitgliedern der dasselbe bei der betreffenden Angelegenheit vertretenden Behörde der Vorwurf eines dolosen Verhaltens zu machen sein sollte. Die hier erhobene actio doli ist nämlich jedenfalls hinfällig Der Kläger behauptet nicht, daß die Eisenbahn-Deputation sich im Gewissen darüber befunden habe, eines Theils des klägerischen Grundstücks und zwar eines bestimmten Theils nicht benöthigt zu sein. Nur im Allgemeinen soll sie es als wahrscheinlich an-
pag. 15. gesehen haben, nicht des ganzen Grundstückes zu bedürfen. War es aber ungewiß, ob überhaupt Etwas von dem Grundstücke, oder wie viel von ihm übrig bleiben werde, so kann in dem Antrage auf Expropriation des Ganzen sicherlich kein dolus gelegen haben, und die von dem Kläger hier vorgebrachten Behauptungen sind mithin ungeeignet, die von ihm anzustellen versuchte Klage zu begründen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn, Kanzlist,**

Loco Secretarii.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Conrad Block zu Bremen, Klägers, wider D. Hagens daselbst, Beklagten, jetzt beiderseits Appellanten, wegen Rückzahlung von Ld'or ℛ 5287.62 ß, jetzt ℛ 5022.24 ß, jetzt geführten Beweis betreffend, wird Letzterem die vom abgetretenen Procurator des Ersteren unterm 22. November v. J. allhier eingereichte Substitutions-Anzeige hieneben abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 8. December 1856 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß

1) in Betreff von [8] der Handelsger. Acten Nr. 99, 106 bis 110 der Beklagte verbunden sei, den Betrag von 332 ℛ 34 ß auf seine Forderungen aus dem Fleischgeschäfte abzusetzen, hinsichtlich des Betrages von 1577 ℛ dagegen ([8] Nr. 83.) der Beklagte in einem von dem Handelsgerichte bei Vermeidung anzunehmender Eidesweigerung anzuberaumenden Termine eidlich zu erhärten habe:

daß der Ertrag des von Block & Co. besorgten Verkaufs der von D. Louttich erkauften Häringe zur Deckung der Forderungen des Beklagten aus dem Fleischgeschäfte weder ganz noch theilweise bestimmt gewesen sei;

2) in Betreff von [8] Nr. 11 der Beklagte verbunden sei, den Betrag von 306 ℛ 4 ß auf seine

Forderungen aus dem Fleischgeschäfte abzusetzen, gedachten Betrag auch um 100 ℛ zu erhöhen; er könnte und wollte denn in dem unter Nr. 1 gedachten Termine und unter gleichem Präjudiz eidlich erhärten:

daß er den Betrag von 100 ℛ zur Abfindung der an Block & Comp. von deren Geschäfsfreund in Lübeck wegen der in Rede stehenden Theerladung erhobenen Ansprüche an Letzteren ausbezahlt habe.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden verglichen, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 31. März 1859.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn, Kanzlist,**

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

1. Der dem Kläger durch das Ober-Appellationsgerichts- pag. 2.
Erkenntniß vom 21. April 1853 sub. 1a eventuell nachgelassene Beweis, welcher, nachdem der Fall, für welchen solcher annoch gestattet sein sollte, durch Verzicht auf den im Handelsgerichts-Erkenntnisse vom 5. Januar 1852 sub. 3b dem Kläger auferlegten Beweis eingetreten ist,

vergl. H. Gerichts-Acten Prot. p. 25 u. [20].

dermalen allein in Frage steht, geht dahin:

> daß Beklagter zur Zeit der von ihm im Jahre 1851 gegen Klägern erhobenen Wechselklagen an Block & Co. aus Vorschüssen auf Fleisch oder Fleisch-Geschäfte nichts mehr, oder doch weniger und wieviel weniger, als die pag. 3.
> jetzt eingeklagten Beträge zu fordern gehabt habe. —

Nach dieser Fassung des Beweisthemas, und nach der in den Entscheidungsgründen zu obgedachtem Erkenntnisse pag. 15 ersichtlichen Erläuterung desselben, es komme darauf an,

> ob wirklich, was Beklagter behaupte, Kläger bestreite, die auf den am 19. Januar 1850 auf 12 Monate dato zum Belaufe von 15000 ℛ ausgestellten und bei Verfall bis zum 19. Juli 1851 für den Betrag von 7000 ℛ prolongirten Wechsel im Februar und im September 1851 erfolgten, jetzt zurückverlangten Zahlungen auf noch ungetilgte Forderungen aus den an Block & Co. vom pag. 4.
> Beklagten auf deren Fleisch-Geschäft geleisteten Vorschüssen geschehen sind, oder ob damals von Block & Co. bereits allen derartigen Verbindlichkeiten vollständig oder doch größtentheils durch Zahlung genügt war?

stellt es sich zunächst

1) als eine durchaus irrige Ansicht des Klägers dar, und ist auch schon in voriger Instanz derselbe nicht weiter darauf zurückgekommen, daß es genügen könnte, wenn nur für die Zeit der ersten Wechselklage, in deren Folge Kläger unterm 29. Januar, resp. 3. Februar 1851, theils baar, theils mittelst Tratten dem Beklagten 3000 ℛ gezahlt hat, nachgewiesen würde, daß die damaligen Forderungen des letzteren an
pag. 5. Block & Co. aus Vorschüssen auf Fleisch oder Fleisch-Geschäfte entweder ganz getilgt, oder nicht so hohen Belaufs gewesen wären. Vielmehr kann es lediglich darauf ankommen, ob und wie weit solches zu der Zeit der Fall war, wo Kläger wegen der von ihm mittelst gedachten Wechsels für derartige Verbindlichkeiten jener Firma geleisteten Sicherheit in Folge der zweiten Wechselklage zu Deckung der angeblich noch dem Beklagten aus Fleisch-Vorschüssen zuständigen Forderungen genöthigt wurde, gleichviel ob solche aus der Zeit vor oder nach jener ersten Wechselzahlung von 3000 ℛ originiren.

Ebensowenig kann ein Zweifel darüber bestehen und bedarf es keiner weiteren Begründung, daß

pag. 6. 2) als der entscheidende Zeitpunct nicht der Tag des 1. Mai 1851, an welchem Beklagter die zweite Wechselklage erhob, mag immerhin der Wortlaut des Beweisthemas auf die Zeit der erhobenen Wechselklagen gestellt sein, und eben so wenig der des 19. Mai, unter welchem die Condemnation erfolgte, oder des 19. Juli, als des Tages, an welchem der Wechsel fällig, und auf welchen die Verurtheilung Klägers zu dessen Einlösung gestellt wurde, sondern daß lediglich der Tag entscheide, an welchem die jetzt ganz resp. theilweise zurückverlangte Zahlung an den Beklagten erfolgte, daß mithin Alles auf den 10. September 1851 ankomme, an welchem Kläger, nach Abzug einer vom Beklagten bewilligten Ermäßigung von 140 ℛ 20 ℋ

pag. 7. vgl. H. G. Act. Anl. 3 in [5] in dorso

den an Capital und Zinsen vom 19. Juli ab sich berechnenden, auch in des Beklagten Büchern nach [86] im Credit gehörig gebuchten Betrag von weiteren 2022 ℛ 24 ℋ berichtigt hat.

Digitized by Google

Hiernach wird

3) eine dem Klagpetitum entsprechende Verurtheilung Beklagtens zur Rückzahlung einerseits

a. selbst in dem günstigsten Falle und nach vollständigem Erbringen des dem Kläger obliegenden Beweises, soviel den Capital-Betrag im Gegensatz der etwa dem Kläger für die seinerseits ohne Grund geleisteten Zahlungen zu vergütenden Zinsen betrifft, nicht über den Belauf dieser mit 3000 ℛ resp. 2022 ℛ 24 ℋ geschehenen Zahlungsleistung erfolgen können, und erscheint es nicht gerechtfertigt, wenn Kläger, unter Zu- pag. 8.
rechnung der 40 ℛ 38 ℋ betragenden und von ihm dem Beklagten erstatteten Kosten des Wechselverfahrens, in seinen Berechnungen öfters als Gegenstand seiner Rückforderungs-Klage die Summe von 5062 ℛ 62 ℋ annimmt.

Andererseits aber ist auch

b. kein Grund ersichtlich, weßhalb bei bloß particllem Gelingen der dem Kläger obliegenden Beweisführung eine Rückzahlung, wie das Handelsgericht angenommen hat, erst dann sollte einzutreten haben, wenn die zwischen dem nach Rectification des Contos von Block & Co. pro 10. September 1851 sich ergebenden Saldo und zwischen dem Betrage der vom Kläger pag. 9.
geleisteten Zahlungen sich ergebende Differenz einen bestimmten Belauf überstiege. Endlich ist es auch klar, daß

4) das obige Beweisthema, obwohl es nur darauf, ob überhaupt, resp. wieviel noch zu gedachter Zeit Beklagter von Block & Co. aus Vorschüssen auf Fleisch oder Fleisch-Geschäfte zu fordern gehabt habe, sonach anscheinend bloß auf die qualitative Unrichtigkeit der im Debet der Conto Courante in [7] und [8] gebuchten Posten gestellt ist, doch dem Kläger den weiteren Nachweis, es seien diese Posten sämmtlich oder theilweise in quanto unrichtig, d. h. zu hoch angesetzt worden, so wenig hat abschneiden können und sollen, als den, daß auf das Credit auch noch andere Posten gehörten, als diejenigen Zahlungen pag. 10.
u. s. w., von welchen Beklagter direct oder durch Formirung des s. g. Fleisch-Contos in [11] selbst zugestanden hat, es seien

Digitized by Google

dieſelben auf das aus Fleiſchvorſchüſſen originirende Debet von Block & Co. erfolgt, oder doch in Abrechnung zu bringen.

In dieſer doppelten Richtung, welche vom Kläger ſchon bei der mit der Klage in [9] überreichten Zuſammenſtellung der wider die Conto-Courante [7] und [8] erhobenen Monita eingeſchlagen worden iſt, und welche er eben ſo demnächſt ſowohl bei dem principalen, als bei dem nachträglichen Antritte des jetzt zur Entſcheidung ſtehenden Beweiſes

vrgl. [21] und [91] der H. G. Act.

pag. 11. feſtgehalten hat, waren daher die klägeriſche Beweisführung und die desfallſige Entſcheidung der vorderen Gerichte nach Maßgabe der beiderſeits in jetziger Inſtanz aufgeſtellten Beſchwerden einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Dabei konnte aber die bisherige, in den beklagtiſchen Conto-Couranten [7] und [8] enthaltene Grundlage der gegenſeitigen Berechnung unbedenklich beibehalten werden. Denn einerſeits iſt Kläger auf die in erſter und voriger Inſtanz mehrfach gemachte Bemerkung in jetziger nicht zurückgekommen, daß der in beglaubigter Abſchrift in [86] zu den Acten gekommene Auszug aus des Beklagten Büchern als Baſis der Rechnungs-Rectification anzunehmen und jenen Conto-Couranten zu ſubſtituiren ſei. Andererſeits zeigt eine

pag. 12. Vergleichung beider Berechnungen keine irgend erhebliche, nämlich nur die Differenz, daß in den Büchern des Beklagten die ſonſt im kaufmänniſchen Verkehr übliche, auch in den Conto-Couranten erſichtliche halb- oder ganzjährige Abſchließung des Contos und der Saldoziehung ſeit dem 1. Juli 1850 unterblieben iſt, daß ferner Beklagter die von der einen oder der anderen Seite durch Tratten und Accepte geleiſteten Zahlungen dort unter dem Tage der Ziehung, hier unter dem Fälligkeits-Termin gebucht hat, daß endlich in dem Conto-Courant theils verſchiedene, demſelben Tage angehörige Poſten nicht ſeparate Aufnahme gefunden haben, ſondern in ihrem Geſammtbetrage verrechnet worden ſind, theils

pag. 13. auch auf einzelne Creditpoſten, die in den Büchern wegen partiellen Nichteingangs von Anweiſungen, oder wegen ſonſtiger darauf eingetretener Betrags-Minderung ſeparat debitirten Poſten in den Conto-Couranten alsbald in Abzug gebracht worden ſind.

Digitized by Google

Bei ſolcher Sachlage und da lediglich, wie ſchon die Sententia a qua bemerkt hat, die einzelnen Poſten den Gegenſtand der Beweisführung und Prüfung bilden, fehlt es an ausreichendem Anlaß, noch in letzter Inſtanz die bisher von Zeit der Klage an feſtgehaltene Baſis zu verändern, vielmehr konnte nur ausnahmsweiſe zu beſſerer Erläuterung einzelner Streitpunkte, wie dies gleichfalls in der Sententia a qua geſchehen iſt, eine gleichzeitige Berückſichtigung der in [86] enthaltenen Buchungen ſich empfehlen. pag. 14.

Anbelangend nun zunächſt

II, die Debet-Poſten der Conto-Courante in [7] und [8] und die Frage, in Betreff welcher derſelben, resp. in wie weit dem Kläger, von dem allein in dieſer Richtung die ergangenen Entſcheidungen angefochten worden ſind, der Beweis gelungen ſei, daß ſie aus an Block & Co. geleiſteten Vorſchüſſen auf Fleiſch oder Fleiſch-Geſchäfte entweder überall nicht, oder doch nur zu geringeren als den verrechneten Beträgen herrührten, ſo hat ſich der Kläger

A, ausweislich der Faſſung ſeiner Beſchwerden, insbeſondere des Grav. I ad decis. I b der Sententia a qua dabei beruhigt, daß

1) die im Handelsgerichts-Erkenntniſſe zu ſeinen Gunſten pag. 15.
sub. 1 verfügte und beklagtiſcherſeits ſchon in voriger Inſtanz unangefochten gebliebene und damit rechtskräftig feſtſtehende Streichung des sub. Nr. 1. [7] aus dem Jahre 1849 vorgetragenen Saldos von 261 Thlr. 21 Gr. zwar im decisum der Sententia a qua keine Abänderung erfahren hat, aber in den Entſcheidungsgründen Gegenſtand einer die Richtigkeit jenes Ausſpruches anzweifelnden Bemerkung geworden iſt; daß ferner

2) das wegen der Zins-, Proviſions- und Porto-Anſätze ergangene Decisum 2 des Handelsgerichts-Erkenntniſſes, es ſeien dieſelben als zu den Vorſchüſſen auf Fleiſch oder Fleiſch-Geſchäfte gehörend und zu ihrem Betrage vorläufig liquid zu erachten, in pag. 16.
der Sententia a qua sub. I a einer Rectification und Beſchränkung auf die Poſten Nr. 41 bis 43 in [7] und auf den der Nr. 96 in [8] entſprechenden Poſten 14 in [11] unterzogen worden iſt, daß weiter

3) wegen der für die Zeit vom 1. Juli 1850 ab in Ansatz kommenden sub. Nr. 94 und 95 in [8] resp. sub. Nr. 12, 13 und 15 in [11] verrechneten resp. dem Kläger zur Last zu bringenden Zins- und Provisions-Beträge die Sententia a qua sub. III den Parteien bis zu bewirkter Rectification der Capital-Posten vorbehalten hat, weitere Anträge zum Zwecke demnächstiger richterlicher Entscheidung zu machen, daß endlich.

4) hinsichtlich der Posten 15, 32, 38 und 40 in [7] so
pag. 17. wie wegen der den Nr. 73, 74, 78, 81, 82 in [8] entsprechenden Posten 3, 4, 8, 10 und 11 in [11] der klägerische Beweis, abgesehen von der Eideszuschiebung, für nicht geführt erkannt und demzufolge hinsichtlich dieser Posten dem Beklagten Eidesleistung und zwar in der aus decis: 3 A a des Handelsgerichts-Erkenntnisses ersichtlichen, vom Kläger in voriger Instanz allerdings, in jetziger dagegen nicht weiter angefochtenen und sonach gleichfalls rechtskräftig feststehenden Fassung auferlegt worden ist.

Dahingegen hat Kläger

B, im Grav. I. einestheils darüber Beschwerde erhoben, daß die Sententia a qua seiner in voriger Instanz erhobenen zweiten Beschwerde keine Folge gegeben hat, mittelst welcher er verlangt
pag. 18. hatte, daß für eine Reihe von Debet-Posten der von ihm unternommene, vom Handelsgerichte bis auf die Eidesdelation gleichfalls für verfehlt erklärte Beweis, als bis zum Erfüllungseide erbracht anerkannt und er seinerseits zu letzterem zugelassen werde, anderntheils erachtet Kläger sich dadurch gravirt, daß des Beklagten Beschwerdeführung voriger Instanz für begründet erklärt und demzufolge dem vom Handelsgerichte hinsichtlich einzelner Debetposten erkannten Erfüllungseide des Klägers ein vom Beklagten zu leistender Schiedseid substituirt worden ist. — In Betreff dieser, wie jener Posten will Kläger seine Beweisführung für bis zum Erfüllungseide gelungen nunmehr resp. wiederum erklärt wissen.

pag. 19. Das klägerische Grav. I. war aber zunächst

1) in so fern, als es in Betreff der von der Sententia a qua sub. I b lediglich auf den Schiedseid des Beklagten gestellten

Digitized by Google

Posten statt dessen die Zulassung Klägers zum Erfüllungseide beantragt hat, als grundlos zu erachten.

Zwar läßt sich

A, im Allgemeinen nicht verkennen, daß, wenn es schon für eine Zahl von Debetposten an eigentlichen Quittungen von Block & Co. fehlt, doch auch die in Folge des Editions-Verfahrens zu den Acten gekommenen Schreiben, welche nur Anfragen und Bitten wegen weiterer Vorschußleistung enthalten, in so fern auch als Empfangsbescheinigung sich auffassen lassen, weil solche in den Händen des Beklagten von Block & Co. belassen worden sind und größtentheils in dorso eine nach Betrag und Datum pag. 20. mit der Anfrage übereinstimmende Notiz über geleistete Zahlung enthalten. Auch darin wird man dem Kläger beizutreten haben, daß gerade weil in vielen Documenten dieser Art ausdrücklich bemerkt ist, ob überhaupt, resp. der wie vielste Vorschuß auf das Fleisch-Geschäft die betreffende Baar- oder anderweitige Zahlung des Beklagten sei, das desfallsige Stillschweigen anderer an sich eine Vermuthung dafür wohl begründen könnte, es habe der betreffende Vorschuß keine Beziehung dieser Art gehabt. — Allein aus der in

H. Ger. Act. 63 und 64

beigebrachten Correspondenz vom 29. Januar 1850, worin für „das verabredete Fleischgeschäft" von Eröffnung neuer Rechnung pag. 21. die Rede ist, läßt sich zunächst

α., mit Sicherheit, zumal im Hinblick auf

Anl. Nr. 16 in [83] der H. G. Act.

welche für ein, allem Anscheine nach nicht realisirtes Geldgeschäft den besondern Wunsch aparter Berechnung ausspricht — auf eine Abrede, oder auch nur auf die beiderseitige Absicht sich durchaus nicht schließen, daß die Vorschüsse auf Fleisch völlig von allen etwaigen Geschäften anderer Art, sowohl in Bezug auf Buchung wie sonst haben gesondert bleiben sollen, und daß für ein durch den klägerischen Wechsel gedecktes Vorschuß-Geschäft keine andere Zahlung, Trassirung ꝛc. sollte gelten können, als wenn es ausdrücklich in dieser Maaße von vorn herein bezeichnet wäre.

Digitized by Google

pag. 22. Denn ganz abgesehen davon, daß Beklagter selbst diese Fleisch-Vorschüsse, zu welchen er sich gegen jene Wechsel-Sicherheit fernerweit verstand und gleichsam verpflichtete, doch immer noch von seiner Convenienz abhängig machte, läßt sich jene Erklärung, zumal solche mit Abschluß der alten Rechnung und Herübernahme des desfallsigen Saldo's auf die neue für Fleisch-Vorschüsse eröffnete Rechnung in Verbindung gebracht worden ist, auch füglich dahin deuten, daß Beklagter überhaupt nicht mit Block & Co. fernerweit in anderen, als solchen bis zum bestimmten Belaufe hinlänglich garantirten Geschäfts-Beziehungen habe stehen wollen. Als Hintansetzung contractlicher Ver-
pag. 23. pflichtung und als Ungehörigkeit kann es daher nicht ohne Weiteres betrachtet werden, noch dem Beklagten für den gegen ihn zu erbringenden Beweis des Klägers zum Nachtheil gereichen, daß er weder überhaupt in seinen Büchern die für das Fleisch-Geschäft geleisteten Vorschüsse als solche bezeichnete oder besonders contirte, noch auf specielle desfallsige Angaben in den Quittungen ꝛc. bestand; und selbst davon ausgegangen, wäre es immer noch mehr als fraglich, ob dies schon hinlänglichen Grund abgeben könnte, die Sache auf des Klägers Eid zu stellen.

Eben so wenig ist es

β., befremdlich, daß bis auf den Einen, unterm 2. Februar 1850 durch Baarzahlung an Block & Co. erfolgten und schon am 6. ejusd. von Diesen wieder durch Baarzahlung getilgten
pag. 24. Vorschuß von 1000 Thlr. in Nr. 4 und 47 [7], anfangs und bis zum 2. März hin ausnahmslos, unter fortlaufender Nummern-Angabe für die einzelnen Vorschüsse, 15 an der Zahl, über sämmtliche Debet-Posten nur solche Quittungen sich vorfinden, welche speciellen Bezug auf das Fleisch-Geschäft nehmen:

vergl. Anl. 14 in [92] mit Anl. a — e, g — i. und A bis G. [27] — [31], [33] — [35] und [68] — [74]

daß dann aber für eine längere Zeit alle solche Verweisungen gänzlich in den betreffenden Papieren cessiren und nur vorübergehend im Laufe des Monats Mai nach

Anl. x. y. z. aa. — dd. in [48] — [53]

Digitized by Google

wieder in 7 Quittungen vorkommen, im Uebrigen dagegen nur Anschreiben der obbezeichneten Art von Block & Co. vorliegen. pag. 25.
Denn jene ersten 15 Quittungen repräsentiren nahezu die Gesammtsumme von 15000 Thlr., für welche überhaupt nur die Credit-Eröffnung gegen die fragliche Wechsel-Sicherheit erfolgt war. Mit deren Erreichung aber cessirte die fernere Verbindlichkeit zu Vorschüssen selbst für das Fleisch-Geschäft, und jedenfalls konnte solche nur in dem Maaße eintreten, als durch die Credit-Posten, welche abgesehen von jenem alsbald erfolgten Rembourse von 1000 Thlr., nur in auf längere oder kürzere Zeit laufende Rimessen bestanden, der vollständig bereits gewährte Vorschuß, welcher überdies ursprünglich nur bis zur Eröffnung der Schiffahrt und Absendung des Fleisches, wie aus dem Reverse vom 19. Januar

vergl. [4] der H. G. Act. pag. 26.

sich ergiebt, zugesagt war, allmälig sich minderte, oder in seinem Rest-Bestande hinlänglich nach Ansicht Beklagtens gesichert schien. — Unter solchen Umständen kann denn sowohl die verschiedene Form und Fassung, in welcher die fernerweiten Vorschüsse constatirt worden sind, als die desfalls ersichtliche Abwechselung weder zu der Annahme berechtigen, daß alle diejenigen Documente, welche nicht als eigentliche Vorschuß-Quittungen sich darstellen, oder doch des verabredeten Fleisch-Geschäftes nicht ausdrücklich gedenken, auf ganz andere Geschäfts-Verbindungen zwischen Beklagten und Block & Co. sich bezogen haben dürften, noch vermag dies auch nur eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dieser Art zu begründen. pag. 27.
Dazu kommt denn noch, daß

γ., auch diejenigen Quittungen und Schreiben von Block & Co., in denen eine Verweisung der obigen Art fehlt, nirgends eine ausdrückliche oder auch nur anscheinende Erwähnung anderer zwischen Block & Co. und Beklagtem bestandenen Geschäftsbeziehungen enthalten, wohl aber in mehreren derselben sich nebenher Aeußerungen finden, die auf das Fleisch-Geschäft der ersteren Firma hinweisen, so z. B. in Anl. m, worin Block & Co. mit Rücksicht darauf, daß sie „wieder frische Zufuhr“ erwarteten und mit dem Bemerken, es sei das (scil Fleisch) für England

jetzt auch größtentheils gepackt, um Accepte des Beklagten bitten,
pag. 28. in Anl. r, welche mit der Bitte um Geld die Nachricht verbindet über den Ausfall einer nach England gemachten Sendung und über die von dort wegen Qualität der Provision eingegangenen Außerungen; in Anl. h. h., worin Block & Co. an die Bitte um weiteren Vorschuß die Notiz knüpfen, daß sie stärker arbeiten ließen, und Beklagter aus dem baaren Vorschuß auf Fleisch-Conto bald herauskommen werde; in Anl. i. i., welche um Baarzusendung mit dem Bemerken ersucht, daß ein für das „ausgeführte Speck" erfolgtes Deponat bald zurückerfolgen und zur Rückzahlung des erbetenen Darlehns dienen solle.

Vgl. H. G. Act. [38], [43], [58] u. [59] und Anl. Nr. 22, 25 und 31 in [83].

Endlich erscheint es auch

pag. 29. δ, nicht gerechtfertigt, wenn das Handels-Gericht für die Frage, ob eine Beziehung der fraglichen Geldvorschüsse zu dem Block'schen Fleisch-Geschäfte anzunehmen stehe oder nicht, darauf zu Klägers Gunsten hat Gewicht legen wollen und damit dessen Zulassung zum Erfüllungseide für genügend motivirt erachtet hat, daß mehrere der Scheine, welche die noch streitigen Debetposten betreffen, nur auf ein binnen Kurzem zu restituirendes Darlehn lauten. Denn abgesehen davon, daß ein solches baldiges Rembourssement auch bei unbestrittenen auf das Fleischgeschäft bezüglichen Debetposten, wie bei der obenerwähnten Baarzahlung von 1000 Thlr. sub. Nr. 4 [7] Platz gegriffen hat, oder doch wie aus Anl. 25 und 31 in [83] erhellt, von Block & Co.
pag. 30. zugesagt worden ist, so war auch ausweislich des beklagtischen Schreibens vom 29. Januar 1850 in [63] selbst innerhalb des bis zu 15000 Thlr. in bindender Weise für das Fleischgeschäft zugesagten Credits von vorn herein bedungen worden, daß die etwaigen baaren Vorschüsse baldigste Deckung finden sollten. Es hat daher auch, wenn nach einmal bewirkter Gewährung jenes Credits für die zu gedachtem Geschäfte weiter gewünschten resp. bewilligten baaren Vorschüsse von Block & Co. die gleiche Aussicht, sei es freiwillig oder nothgedrungen, dem Beklagten eröffnet wurde, in keiner Weise etwas Auffälliges.

Digitized by Google

Dieſem Allen nach kann

b. auf die Momente, welche das Handelsgericht bei einzelnen der noch ſtreitigen Poſten auf ein Suppletorium zu erkennen pag. 31. beſtimmt haben, kein erhebliches Gewicht gelegt werden; und wenn gleich Quittungen und Erſuchungsſchreiben in gewiſſer Weiſe einander zu paraleliſiren ſein mögen, ſo kann dies doch nicht ſowohl dahin führen, die Beweiskraft, welche den Quittungen, auch ihrem negativen Inhalte nach, d. h. für den Fall jeder darin unterbliebenen Erwähnung des Fleiſch-Geſchäfts, vom Handelsgerichte beigelegt iſt, auch den Anſchreiben zu vindiciren, ſondern nur dahin, daß gleich letzteren auch jene bloß in ſo fern etwas zu Gunſten der klägeriſchen Behauptungen darzuthun geeignet ſind, wenn deren poſitiver Inhalt, oder anderweit conſtatirte Umſtände darauf hinweiſen, daß bei dem zu Grunde liegenden Vorſchuß-Verhältniß ein anderes als das Fleiſchgeſchäft pag. 32. in Frage geſtanden habe.

Nun aber hat ſolches Kläger

α, nicht einmal in Betreff derjenigen 5 Poſten, für welche er vom Handelsgerichte sub decis. 3 A. b. zum Erfüllungseide zugelaſſen worden war und jetzt deſſen Herſtellung verlangt wird, nämlich der Nr. 10, 13, 19, 21 in [7] ſo wie des der Nr. 79 in [8] entſprechenden Poſtens 9 in [11] nachzuweiſen vermocht, ja nicht einmal behauptet. Da alſo weder der Umſtand allein, daß eine wirkliche Quittung vorliegt, worauf das Handelsgericht ſich bei Poſten 19 in [7] und Poſten 79 in [8] oder 9 in [11] allein geſtützt hat, als entſcheidend, noch das bei den Poſten 10, 13, 21 in [7] relevirte überdies bei Poſten 13 nicht einmal ganz zweifelloſe Moment, es ſtänden hier nur Darlehen auf kurze pag. 33. Zeit in Frage, als erheblich nach dem Obigen gelten kann, ſo erſcheint die in der Sententia a qua im decis. 1 b. erfolgte Abänderung des suppletorii in das delatum vollkommen gerechtfertigt. Dies würde ſogar auch dann der Fall ſein, wenn man etwa in dem vom Obergerichte bei Nr. 10 noch hervorgehobenen Umſtand, es datire der dazu gehörige Schein Anl. K in [36] von der „Neuſtadt“, wo das Block'ſche Fleiſchgeſchäft betrieben worden, oder darin keinen genügenden Hinweis auf letzteres finden könnte,

Digitized by Google

daß in der zu Nr. 13 gehörigen Anl. O in [40] deſſelben Block'ſchen Geſchäftsfreundes Pandorf Erwähnung geſchieht, welcher die Rückzahlung des obigen baaren Vorſchuſſes von
pag. 34. 1000 Thlr. sub. Nr. 4 in [7] ausweislich des in [86] unterm 6. Februar 1850 eingetragenen Creditpoſtens bewirkt hat, und auch in der unbeſtritten auf das Fleiſchgeſchäft bezüglichen Anl. 17 in [83] vorkommt.

Anbelangend aber

β, die Poſten Nr. 11, 12, 18, 20, 24, 29 — 31 und 37 in [7], ſo wie die den Nr. 75 — 77 in [8] entſprechenden Poſten Nr. 5 — 7 in [11], hinſichtlich deren ſchon das Handelsgericht sub 3 A. a. und eben ſo die Sententia a qua sub II. a. auf das delatum zu erkennen ſich veranlaßt fand, Kläger aber gegenwärtig wie in voriger Inſtanz auf Zulaſſung zum suppletorium gegründeten Anſpruch zu haben vermeint, ſo dürfte, zumal in Hinblick darauf, daß Kläger ſeine Verhaftung für den Debetpoſten
pag. 35. Nr. 72 in [8] oder Nr. 2 in [11], obwohl derſelbe in der dazu gehörigen Anlage h. h. in [58] ohne ausdrückliche Erwähnung des Fleiſchgeſchäfts nur als „weiterer Vorſchuß" bezeichnet iſt, überall nicht beſtritten hat, bei den jetzt noch ſtreitigen Poſten Nr. 18, 24, 30, 31, 37 in [7] und Nr. 75 in [8] oder Nr. 5 in [11] ſogar in Frage kommen können, ob es, da die hierzu gehörigen Anlagen r. z. m. q. s. und ii. in [43], [50], [38], [42], [44] und [59] theils auch jene Summen als weiterer Vorſchuß oder doch als Vorſchuß bezeichnen, theils anderweite Hinweiſungen und Beziehungen auf das Fleiſchgeſchäft enthalten, dieſerhalb eigentlich noch in Folge der Eidesdelation einer eidlichen Verſicherung des Beklagten bedürfte. Jedenfalls aber fehlt es bei dieſem, wie bei den übrigen noch ſtreitigen Debetpoſten Nr.
pag. 36. 11, 12, 20, 29 in [7] und Nr. 76 und 77 in [8] oder Nr. 6 und 7 in [11] ſowohl in den dazu inducirten Anlagen n, l, u, ee, kk und ll in [39], [37], [46], [55], [60] und [61], als auch ſonſt an jedem ſelbſt dem entfernteſten poſitiven Anhalte dafür, daß ſie auf ein anderes als das Fleiſchgeſchäft Bezug gehabt hätten, und erſcheint es hiernach, daß in Ermangelung zumal jedes auf ein purgatorium geſtellten Antrags hinſichtlich

Digitized by Google

dieſer Poſten der Ausgang der Beweisführung lediglich auf die Eidesdelation geſtellt iſt, in jeder Weiſe gerechtfertigt. Von dem ſpeciellen Streitpunkte, ob in Betreff des Poſtens 12 in [7] die Angabe Beklagtens, es rühre dieſer aus einer zum Salzankauf für die Block'ſche Sälzerei und daher auch auf das Fleiſchgeſchäft gemachten Credit-Eröffnung her, durch die Anl. 1 in [37], pag. 37.
wie das Handelsgericht angenommen hat, eine Unterſtützung erhalte, kann daher auch eben ſo abſtrahirt werden, als von dem Zweifel, ob der Grund, auf welchen bei Poſten 29 in [7] ſich das Handelsgericht nebenher noch bezogen hat, zutreffend und erheblich ſei, daß nämlich über die mittelſt Anl. ee in [55] neben dem obigen Poſten von 400 Thlr. weiter erbetenen 500 Thlr. (welche noch außerdem vorzuſchießen Beklagter wohl keine Neigung gehabt haben mag) ſich nirgends, namentlich auch nicht in [86] eine Buchung oder ſonſtige Angabe findet.

Außer in Betreff der vorſtehend erörterten Debetpoſten hat

2) Kläger nach dem in beiden Inſtanzen übereinſtimmenden Wortlaute des Gravam. I resp. II auch noch darüber ſich beſchwert, daß der in [7] sub. Nr. 16 unterm 30. März 1850 pag. 38.
gebuchte Debetpoſten (welcher in [86] sub. Nr. 8 unterm 1. Febr. mit „Tratte L^a N. Blumenfeld 2 Monat vom 30. Januar" zu 689 Thlr. 5 Gr. und sub. Nr. 30 unterm 30. März als Zahlung mit 100 Thlr. vorkommt, dort dagegen zu der Geſammtſumme von 789 Thlr. 5 Gr. angeſetzt ſteht) mittelſt des durch die Sententia a qua sub I. in ſo weit lediglich beſtätigten handelsgerichtlichen decisi sub. 2 als auf das Fleiſch-Conto an ſich gehörend, und als zu dem vom Beklagten berechneten, alſo zu dem vollen obigen Betrage liquid erkannt, und daß damit das in

[21] p. 19 und [22] sub. 2 Nr. 3.

erhobene Monitum, es ſei dieſer Poſten um 100 Thlr., nämlich pag. 39.
jene zum Fleiſchgeſchäft angeblich nicht gehörige Zahlung von 100 Thlr. zu hoch angeſetzt, ohne Weiteres als unbegründet verworfen worden iſt.

Was indeſſen in voriger Inſtanz, wo allein dieſes Poſtens Nr. 16 in der Juſtification ſpeciell gedacht worden iſt,

Digitized by Google

vergl. O. G. Act. [5] p. 28 u. 29.

gegen die Gründe, aus welchen das Handelsgericht auf die zu diesem Posten 16 vom Kläger in Bezug genommene Anlage p in [41] in Verbindung mit Anlage e in [31] jene Liquid-Erkennung gestützt habe, so wie dafür vorgebracht war, daß Kläger über gedachten Posten, d .h. über die Nichtbeziehung jener Zahlung von 100 Thlr. auf die Block'schen Fleischgeschäfte, mindestens
pag. 40. zum Erfüllungseide zugelassen sei, ist theils unerwiesen geblieben, theils überhaupt zu Entkräftung der handelsgerichtlichen Argumentation ungenügend resp. ungeeignet. Es war daher zumal ein positiver Hinweis auf ein anderes als das Fleischgeschäft in obiger Anlage [41] sich nicht findet und überhaupt die das letztere betreffende Correspondenz zu flüchtig und unregelmäßig geführt ist, um auf das bloße Stillschweigen irgend Gewicht legen zu zu können, auch in Betreff obigen Postens lediglich bei den Entscheidungen der vorderen Richter zu belassen.

III. Hinsichtlich der in [7] und [8] auf das Debet von Block & Co. in Ansatz und Abrechnung gebrachten resp. zu bringenden Creditposten hat zunächst

A. Beklagter sich seinerseits in Gravamen I und II dar-
pag. 41. über beschwert, daß die Sententia a qua sub II auf Grund der 5. klägerischen Beschwerde voriger Instanz das handelsgerichtliche Decisum sub. 3 B., wodurch die sämmtlichen Anträge des Klägers auf Erhöhung des Credits verworfen worden waren, wenigstens theilweise, nämlich in Betreff des Kaufpreises für die laut

H. Ger. Act. [85]

am 7. September 1850 von Block & Co. dem Beklagten käuflich überlassene Brigg Anna abgeändert hat.

Ueber Bezahlung dieses Kaufpreises war als „bereits durch Baarzahlungen und in Rechnung geschehen" in §. 2 des Kaufvertrags Quittung von Block & Co. geleistet worden, und dem entsprechend hatte ihn Beklagter in seinen Büchern unter obigem
pag. 42. Datum zum vollen Belaufe sub. Nr. 132 in [86] creditirt, in das Credit von [8] dagegen erst unterm 20 April 1851 und unter Abzug einer Provision von 1 % nur mit 6138 Thlr. sub. Nr. 105 aufgenommen, aus dem Credit des in [11] for-

zed by Google

mirten sogenannten Fleisch-Contos ist er ganz weggelassen, und das s. g. Separat-Conto in [12] sub. Nr. 14 hat denselben in Folge Abzugs der daselbst näher specificirten Unkosten sogar bloß mit 4114 Thlr 9 Gr. angesetzt. Diese gänzliche Ausscheidung gedachten Creditpostens von 6200 Thlr. ward Seitens des Handelsgerichts-Erkenntnisses für gerechtfertigt erklärt, vom Kläger aber in voriger Instanz hierüber mittelst des Grav. V Beschwerde geführt und dem entsprechend vom Obergerichte erkannt, daß die Kaufsumme von dem Kläger compensando auf die an Block & Co. pag. 43.
vom Beklagten auf Fleisch und Fleischgeschäfte geleisteten Vorschüsse in An- und Abrechnung gebracht werden dürfe und demgemäß „das Credit um den Betrag des Kaufpreises der Brigg Anna ad 6200 Thlr. wie er in [86] gebucht worden" also vollaus und unterm 7. September 1850 zu erhöhen sei.

In dieser Beziehung hat nun ausweislich der

O. A. Ger. Acten [1] p. 3.

Beklagter principaliter Herstellung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses, d. h. gänzliche Entfernung dieses Creditpostens von dem Conto der Fleisch-Vorschüsse beantragt, eventualiter aber, daß mindestens dieser Kaufpreis „nur nach Abzug der auf gedachtem Schiffe haftenden (bemerktermaaßen unter [12] näher pag. 44.
specificirten und zu 2085 ℛ 63 ℊ berechneten) Unkosten mit 4124 ℛ 19 ℊ (rectius 4114 ℛ 9 ℊ) zu creditiren" wäre. Es stand jedoch weder dem principalen noch dem eventuellen Antrage zu deferiren.

Anbelangend nämlich

1) das Verlangen gänzlicher Nichtberücksichtigung dieser Gegenforderung von Block & Co., so bedarf

a. von den formell prozessualischen Einwänden des Beklagten zunächst,

α. das in voriger Instanz ad Grav. V. dem Kläger entgegengestellte Obmotum, es habe derselbe nicht schon im ersten, sondern erst im Beweisverfahren An- und Abrechnung gedachten Kaufpreises verlangt und sei dieser Antrag als verspätet und pag. 45.
unzulässig anzusehen, kaum einer Widerlegung. Kläger hat sub. Nr. 23 seiner in [9] von vorn herein aufgestellten Monita

Digitized by Google

gegen die Conto-Courants in [7] und [8] die Erhöhung dieses Creditpostens auf den vollen Betrag von 6200 ℛ verlangt, damit aber, daß der fragliche Kaufpreis überhaupt auf die Debetposten in Abzug kommen müsse, zur Genüge erklärt; auch hat er bereits replicando gegen die [11] und [12] und die darin vom Beklagten vorgenommene Trennung der Fleisch- und sonstigen Geschäfte, wobei jener Creditposten als auf die Fleisch-Debetposten überall nicht compensabel ausgeschieden wurde, Widerspruch eingelegt.

Nicht minder ist es

pag. 46. β. eine grundlose Behauptung, daß es einen Verstoß gegen die Verhandlungs-Maxime involvire, wenn die Sententia a qua für die Anrechnung gedachten Kaufpreises auf die Fleisch-Debetposten unter andern auch darauf sich stütze, daß zur Zeit des Verkaufs der Brigg Anna die Firma Block & Comp. nur aus Fleisch-Geschäften Schuldnerin des Beklagten gewesen sei. Denn mag auch Klägers Anfechtung der Debetposten darauf beruhen, daß er behauptet, sein Sohn habe mit jener Firma in anderen Geschäftsbeziehungen gestanden, er aber für solche durch die Wechselziehung keine Garantie übernommen, so ist doch nicht in dieser klägerischen Behauptung, sondern in der des Beklagten, alle von ihm verrechneten Debetposten seien Vorschüsse auf Fleisch, die Basis jenes Arguments zu finden;

pag. 47. überdies ist auch nur unter der Voraussetzung und für den Fall die Abrechnung obigen Creditpostens ausgesprochen, daß die Unwahrheit der klägerischen Behauptung durch die dem Beklagten hinsichtlich des Debet auferlegten Eide constatirt wäre.

Es kommt mithin

b. lediglich darauf an, ob, vom Standpuncte des materiellen Rechts aus, nach der gegebenen Sachlage es gerechtfertigt erscheine, wenn abweichend von dem Handelsgerichte, welches die beim Vorhandensein verschiedenartiger Schuld-Verhältnisse wegen Anrechnung unbestimmt erfolgter Zahlungen zur Anwendung zu bringenden Grundsätze weder überhaupt auf Compensationen, noch insbesondere auf die kaufmännischen Rechnungs-Verhältnisse anwendbar erachtet,

Digitized by Google

das Obergericht sich zu Klägers Gunsten und dahin ausgesprochen pag. 48.
hat, daß auch ihm, obwohl nur für die Fleisch-Vorschüsse als Quasi-Bürge eingetreten, die gedachte Zahlung des Kaufpreises für die Brigg Anna zu Gute kommen müsse, und seine Verhaftung wegen jener Vorschüsse zu entsprechendem Betrage gemindert habe.

Nun aber liegt

α. weder in der inneren ratio der in Betreff von indistincten Zahlungen geltenden, in

L. 1. 3. 4. 97. Dig. de solution.

ausgesprochenen Grundsätze, da solche nicht als positive singuläre Rechtsnormen zu gelten haben, sondern in der Natur der Sache und darin ihre Begründung finden, daß in dieser Beziehung selbst der Creditor thunlichst das Interesse seines Debitors zu pag. 49.
berücksichtigen hat, noch auch liegt in dem Wesen der Compensation, als welche gewissermaaßen nur eine zu kurzer Hand erfolgende Hin- und Herzahlung darstellt, irgend ein ausreichender Grund gegen die analoge Anwendbarkeit jener, zunächst allerdings nur von eigentlichen Zahlungen sprechenden Gesetze auf Compensationen, und erscheint es gerechtfertigt, wenn, wie das Handelsgericht selbst anerkennt, die Theorie keinen Unterschied zwischen geleisteten Zahlungen und compensablen Gegenforderungen macht. Gleichergestalt war

β. darin dem Obergerichte beizutreten, daß das Rechnungs-Verhältniß der kaufmännischen Conto-Courants darauf beruht, durch die gegen einander gestellten Posten eine Reihe pag. 50.
von Compensationen zu bewirken, in deren Folge nur der zur Zeit der üblichen Zwischen-Abschlüsse resp. der bei gänzlicher Erledigung aller Geschäfts-Beziehungen sich für den einen oder andern Theil als noch ungetilgt ergebende Saldo als der eigentliche Schulds- und Forderungs-Betrag anzusehen ist. Wenigstens ist dies für die gewöhnlichen Rechnungsverhältnisse der Kaufleute anzunehmen, zu welchen der von den Entscheidungsgründen des Handelsgerichts supponirte Fall, daß ein Kaufmann zur Gründung oder Fortbetrieb seines Gesammtgeschäfts auf Handfesten oder gegen sonstiges Pfand Gelder für

längere oder für unbestimmte Zeit nimmt, offenbar nicht gehört,
pag. 51. und eben so ist es als die Regel zu behandeln, von welcher, außer durch ausdrücklichen Vertrag oder von vorn herein erklärten Vorbehalt, nur unter besonderen Umständen, wo diese unverkennbar auf beiderseitiges Einverständniß hinweisen oder jeden Vorbehalt überflüssig machen, eine Ausnahme zu statuiren sein wird, wie etwa, wenn eine Separat-Contirung für bestimmte Geschäfte oder Geschäfts-Branchen ausdrücklich bedungen wäre.

Am wenigsten aber kann

γ. vorliegenden Falls, daß die Block'schen Verbindlichkeiten aus den Fleisch-Vorschüssen durch das aus dem Verkauf der Brigg Anna gewonnene Compensandum sich zu entsprechendem
pag. 52. Betrage ohne Weiteres minderten, in Zweifel gezogen werden. Denn nach der ganzen Geschäftslage von Block & Co., sowie nach der Credit-Eröffnung selbst, welche unverkennbar auf successive und zwar baldige Tilgung der bis zu bestimmter Höhe zugesicherten, aber keineswegs auf solcher fortdauernd zu erhaltenden Vorschüsse hinweisen, kann schon an sich kaum ein Zweifel darüber bestehen, vollends aber wird durch die obige wegen Tilgung des Kaufpreises getroffene, unmöglich für eine bedeutungslose notarielle Formular-Clausel, wie Beklagter meint, zu erachtende Stipulation, sowie durch die Verbindung, in welche der bei Prolongation des Wechsels am 3. Februar 1851
pag. 53. ausgestellte Revers des Beklagten

vgl. Acta adj. [7].

den Schiffs-Verkauf mit dessen Forderungen aus Fleisch-Vorschüssen gebracht hat, zur Genüge bekundet, daß es sich bei gedachtem Verkauf der Brigg Anna um eine datio in solutum gehandelt habe, welche jedenfalls nach den für eigentliche Zahlungen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen ist.

δ. Eine ausdrücklich und alsbald, sei es von Block & Co. als Debitor oder vom Beklagten als Creditor abgegebene Erklärung, daß dieser Betrag von 6200 ℛ zur Tilgung von bestimmten anderen Verbindlichkeiten habe dienen sollen, oder daß, da es an solchen damals fehlte, die desfalls Block & Co.
pag. 54. zuständige Forderung bis auf Weiteres resp. bis zur factischen

Ueberlieferung des Schiffes nur als Separat-Creditum unter unverändertem Fortbestande der beklagtischen Forderungen aus den Fleischvorschüssen habe behandelt werden sollen, ist nicht einmal von Beklagten mit der erforderlichen Bestimmtheit behauptet worden, jedenfalls aber fehlt es hierüber an allem Beweise, dessen es gegenüber der im Kaufcontracte selbst enthaltenen alsbaldigen Quittirung, sowie gegenüber der gleichfalls alsbald in des Beklagten Büchern sub. Nr. 132 in [86] ohne irgend welchen Vermerk und mitten unter den anderen unbestritten auf das Fleisch-Conto bezüglichen Creditposten erfolgten Gutschrift um so mehr bedurft hätte.

Endlich kann es

c. keinem Zweifel unterliegen, daß die Fleisch-Schulden, pag 55.
für welche Kläger durch den Wechsel Bürgschaft übernommen hatte, eben deßhalb als die lästigere Verbindlichkeit der Firma Block & Co. anzusehen und vorzugsweise vom Beklagten als deren Creditor durch Abschrift des Kaufpreises auf solche zu berücksichtigen waren.

vgl. L. 4. Dig. de solut.

Ebensowenig bedarf es aber weiterer Ausführung, daß die für Block & Co. alsbald eingetretene Minderung der Fleisch-Vorschüsse auch dem Kläger als Intercedenten zu Gute komme. — Sonach erscheint es durchaus als gerechtfertigt, wenn das Obergericht, abweichend vom Handelsgerichte, das Verlangen des Klägers, daß auf dem aus Fleisch-Vorschüssen originirenden Schuldrest seines Sohnes das hier fragliche Creditum desselben, pag. 56.
obschon nicht direct auf dessen Fleisch-Geschäft bezüglich, in Ansatz zu bringen gewesen wäre, resp. noch zu bringen sei, für wohlbegründet erachtet und der desfalls in voriger Instanz erhobenen klägerischen Beschwerde Folge gegeben hat.

Nicht bloß aber, daß der Ausspruch der Sententia a qua hiernach im Allgemeinen sich als richtig darstellt, und die auf gänzliche Entfernung des Schiffs-Kaufpreises vom Contocourant gerichtete Principal-Beschwerde zu verwerfen war, mußte auch

2) in Betreff der Modalitäten, unter welchen die Sent. a qua den Beklagten zu Abrechnung des gedachten Kaufpreises für schuldig erklärt hat, dem Obergerichte beigetreten, und die
pag. 57. Verwerflichkeit auch der eventuellen zweiten Beschwerde des Beklagten anerkannt werden.

Damit, daß um gedachten Kaufpreis, „wie er in [86] gebucht worden", das Credit erhöht werden soll, ist zunächst

a. anerkannt, daß derselbe dem klägerischen Verlangen gemäß, nicht erst unterm 20. April 1851, wie in [8] geschehen, sondern schon unterm 7. September 1850, als dem Datum des Kaufcontractes, in Absatz zu bringen, resp. zu buchen sei, und erscheint dies, da ungeachtet erst später zugesagter Lieferung des Schiffes, doch alsbald quittirt wurde, um so unzweifelhafter gerechtfertigt, als schon an sich wegen der ipso jure eintretenden Wirkung der Compensation, diese Gegenforderung, wenn
pag. 58. überhaupt in Ansatz zu bringen, alsbald den Fleisch-Schuld-Betrag um ihren Belauf minderte. — Ferner ist mit obigem Ausspruch

b. der aus verschiedenen Rechtsgründen erhobene Anspruch des Beklagten, den Kaufpreis um die, nach erfolgter Ankunft des fraglichen Schiffes zur Erlangung resp. Sicherung seines Besitzes gehabten Unkosten und Auslagen gemindert zu sehen und nicht um den vollen Kaufpreis des Credit erhöhen zu müssen, von dem Obergerichte verworfen. —

Auch hierin war der Sententia a qua beizutreten, weil sobald mit dem 7. September das Fleisch-Debet, für welches Kläger verhaftet war, um die Gegenforderung der Firma
pag. 59. Block & Co. sich gemindert hatte, die hinterher erfolgte Berichtigung von Schiffs-Unkosten, selbst wenn solche zur contractlich zugesagten Lieferung des Schiffes nothwendig und als auf dem Schiffe selbst haftend oder doch zu Ersatz-Ansprüchen berechtigend anzuerkennen wären, nichts mehr zu Klägers Nachtheil an der Wirkung jener Kaufpreis-Quittirung zu ändern vermöchte, sondern lediglich als spätere Buchforderung wider Block & Co. resp. deren Concursmasse zu valediren

Digitized by Google

hätte. Eines weiteren Eingehens auf gedachte Abzüge, und ob solche an sich genügend constatirt wären, auch ob und in wie weit ein Anspruch auf deren Ersatz überhaupt resp. in der vom Beklagten versuchten Weise begründet zu werden vermöchte, bedarf es daher nicht. — Endlich ist damit

c. auch noch dies ausgesprochen, daß auf gedachten pag.60.
Kaufpreis eine Provision von 1% sich zu berechnen und, wie solches in [8] sub Nr. 105 geschehen war, zu kürzen Beklagter nicht befugt sei. Der Ungrund eines derartigen Anspruchs liegt auch, da solche Provisions-Berechnung neben dem Zinsen-Ansatze nur für eigentliche Darlehns- und Vorschuß-Geschäfte als durch einen Handelsgebrauch gebilligt gelten kann, so klar vor, daß es kaum noch des Hinweises darauf bedarf, wie selbst abgesehen von dem in jetziger Instanz über diesen Provisions-Abzug vom Beklagten beobachteten Stillschweigen, schon aus der in [12] formirten Specification der angeblich auf den Kaufpreis zu machenden Abzüge, weil sich eine Provision von 62 ℛ darunter mit befindet, ein Anerkenntniß der Grundlosigkeit eines der- pag.61.
artigen Provisions-Abzugs zu folgern wäre. Nur noch die declaratorische Bemerkung ist daher in Betreff dieses Streitpunctes zu der Sententia a qua zu machen, daß der darin sub III wegen künftiger Berechnung der Provision und der Zinsen ausgesprochene Vorbehalt, sowohl der Natur der Sache nach, als Inhalts der ad decis. 1a resp. ad Gravam. III und IV des Klägers auf S. 9, 29—33 und 41 der Entscheidungsgründe, insbesondere zu den Debetposten Nr. 12, 13 und 15 [11] oder Nr. 94, 95 in [8] gegebenen Motive sich lediglich auf diejenige Provision beziehen kann und soll, welche nach Rectification der debitirten Fleisch-Vorschüsse je bei den usancemäßigen Rechnungs-Abschlüssen Beklagter auf das verbleibende Debet-Saldo neben den stipulirten Zinsen von 5% noch mit pag.62.
1% nach Handelsgebrauch und contractlicher Abrede in [63] zu berechnen und auch dem Kläger, wie dieser selbst in jetziger Instanz nicht weiter bestritten hat, in Ansatz zu bringen, in beiden vordern Instanzen für wohl befugt erachtet worden ist.

Digitized by Google

Verwerflich, wie vorstehender Ausführung zufolge sich die ganze auf das Credit der Conto-Courante bezügliche Beschwerdeführung des Beklagten darstellt, mußte zugleich

B. den hieher gehörigen ad decis. II der Sententia a qua in Grav. II—V gestellten Beschwerden des Klägers wenigstens theilweise Folge gegeben und noch eine weitere Erhöhung des Credits, wenn auch nicht unbedingt, noch in dem vollen Betrage,
pag. 63. zu welchem Kläger solches gewärtigt, erkannt werden.

Es hat nämlich zunächst derselbe

1) verlangt, daß auf die zu seinen Lasten bleibenden Debetposten aus Fleisch-Vorschüssen an Block & Co. auch diejenigen Beträge in Ansatz gebracht würden, welche Beklagter für Block & Co. auf Anweisungen und Rimessen derselben erhoben zu haben an sich geständig ist, aber als aus einem Heringsgeschäfte originirend lediglich auf das s. g. Separat-Conto in [12] sub Nr. 6—11 gestellt und von dem Fleisch-Conto gänzlich ausgeschieden, dagegen in [8] sub Nr. 99 und Nr. 106—110 in das für Klägern aufgestellte Conto-Courant gleich den direct auf das Fleisch-Geschäft bezüglichen Creditposten
pag. 64. aufgenommen und auf sub 125, 126 und 133—137 in [86] (nur daß hier nicht, wie dort, die auf mehrere Anweisungen nicht eingegangenen Beträge alsbald von den betreffenden Creditposten abgezogen, sondern unter Nr. 63 und 68—71 besonders debitirt waren) gleich und unter allen übrigen Zahlungen ꝛc. der Firma Block & Co. creditirt hat.

Diesem Verlangen hat weder das Handelsgericht noch die Sententia a qua deferirt, und konnte die deßhalb in Grav. II flg. weiter verfolgte Beschwerdeführung für grundlos nicht erachtet werden.

Zuvörderst nämlich kann

a. die obergerichtliche Verwerfung der klägerischen Beschwerde mit der p. 28 der Entscheidungsgründe ersichtlichen Remission
pag. 65. auf die Motive des Handelsgerichts um so weniger für justificirt gelten, als Letzteres zwar nebenher auch noch bemerkt, es habe Beklagter kaufmännisch ganz in der Ordnung verfahren, wenn er den Erlös aus Heringen zunächst auf die dafür geleisteten

Digitized by Google

Vorschüsse abschrieb, die Nicht-Erhöhung des Credits aber doch eigentlich vom Handelsgerichte nur auf die von der Sententia a qua reprobirte Ansicht gestützt ist, daß die wegen indistincter Zahlungen geltenden Grundsätze auf Compensationen und auf den Handelsverkehr keine Anwendung finden können.

Es hätte sodann

b. wenigstens für den Betrag, um welchen die auf Heringe bezüglichen Creditposten den desfallsigen Vorschuß übersteigen, nach der von dem Obergerichte in Betreff der An- und Abrechnung anderweitiger Gegenforderungen adoptirten, im Obigen pag. 66. als richtig anerkannten Ansicht die ipso facto et jure eingetretene Minderung des Fleisch-Debets oder der hiefür den Kläger treffenden Verbindlichkeiten anerkannt werden müssen. Denn für den nach Deckung des etwaigen Herings-Vorschusses verbleibenden Rest jener durch Anweisungen und sonst geleisteten Zahlungen blieb nur ein einfaches, nicht zu bestimmten Zwecken dienendes Creditum der Firma Block & Co. übrig, und dies wäre vom Beklagten jedenfalls zur Tilgung des Fleisch-Debets als der lästigeren Schuld zu verwenden gewesen. Indem nun nach des Beklagten eigener Debitirung sub Nr. 83 in [8] und sub Nr. 62 in [86] der Vorschuß auf das Heringsgeschäft 1577 ℛ pag. 67. betragen hat, die aus dem Verkauf der Heringe erlösten Summen dagegen laut Beklagtens Buchung zusammen 1909 ℛ 34 ℋ ergeben, so stellt sich ein durch jene Debetposten nicht absorbirtes Blockſches Guthaben von 332 ℛ 34 ℋ unter allen Umständen heraus, welches auf die Fleischschuld abzuschreiben gewesen wäre, und um diesen Betrag auch die desfalsige Verhaftung Klägers nach dem Obigen eo ipso mindert. Endlich kann aber auch

c. die vorzugsweise Abrechnung jener Creditposten auf obigen Vorschuß und die Ausscheidung der fraglichen Anweisungen vom Fleisch-Conto, weil ja die Fleisch-Vorschüsse sowohl eine lästigere, als eine ältere Schuld der Firma Block & Co. bildeten, nur und erst dann gerechtfertigt erscheinen, wenn es pag. 68. constatirt, nicht blos, daß obige Creditposten den Erlös der verkauften Heringe bilden, sondern auch, daß gedachtes Herings-

geschäft in der Maßen, wie Beklagter duplicando und specieller noch in der Beweis-Einredenschrift und hiermit übereinstimmend in jetziger Instanz angegeben hat,

vgl. H. Ger. Act. Prot. p. 17 in f u. [67] p. 22.
O. A. Ger. Act. [16] p. 13. 14.

wirklich zu Stande gekommen sei, und daß insbesondere es vorgängige Bedingung der Credit-Gewährung oder doch nachträgliches Einverständniß gewesen sei, diesen Special-Vorschuß aus dem Provenü der Heringe zu tilgen.

Nun liegt allerdings, so viel

α. die Richtigkeit jener Creditposten und insbesondere die
pag. 69. Frage betrifft, woher gedachte Einnahmen originirten, nicht einmal der Beweis vor, welchen hierüber die beklagtischen Handelsbücher an sich gewähren könnten. Denn ausweislich [86] steht zwar in denselben der Debetposten von 1577 Thlr. sub. 62 als „Zahlung an D. Louttich für Heringe", wenn auch nicht mit den ad Nr. 4 in [12] beigefügten Specialitäten gebucht, hingegen bei den Creditposten fehlt die ad 6 — 11 in [12] hinzugefügte Angabe „für verkaufte Heringe" ebenso in [86], wie in dem Contocourant [8] ad Nr. 99 und 106 — 110, und ist in letzterem auch nicht einmal der obige Debetposten als aus einem Heringsgeschäfte originirend ad Nr. 83 bezeichnet. Allein einerseits hat Kläger gegen den Betrag der hier fraglichen Debetposten kein weiteres
pag. 70. Monitum erhoben, als daß er in [9] sub. Nr. 24 den Posten 106 in [8] von 453 Thlr. für um 231 Thlr. 54 Gr. zu niedrig angesetzt bezeichnete, und dies Obmotum hat sich durch das vom Kläger auch im jetzigen Libelle p. 4 und 5. mittelst der in Anl. 6 [14] vorgelegten Berechnung wiederholte Zugeständniß erledigt, es seien auf die hier fraglichen Anweisungen die sub. Nr. 68 — 71 in [86] debitirten Beträge von zusammen 231 Thlr. 54 Gr. nicht eingegangen. Andererseits hat Kläger von Einem der gedachten Creditposten, nämlich für die (in [86] sub. 135 zu Bco mk 550 angegebene) Remesse auf Hamburg Nr. 108 in [8] oder Nr. 9 in [12] im Betrage von 245 ℛ 48 ℋ schon bei der Beweisantretung das freilich später nicht durchweg festgehaltene
pag. 71. allein gegen ihn entscheidende Zugeständniß im Hinblick auf Anl.

p.p. in [65] gemacht, daß derselbe ausdrücklich für anderweitige Vorschüsse Beklagtens bestimmt gewesen sei, welche Letztere dabei freilich nicht ihrem Gegenstande nach speciell bezeichnet sind, aber nach der Fassung gedachter Anlagen p.p. „Anbei Bco.Mk 550. 3 T. S. auf Hamburg, welche Sie uns creditiren wollen, selbe gelten für die einzeln baar eingenommenen Heringsbeträge“ nur auf das hier fragliche Herings-Geschäft sich bezogen haben können. In Betracht kam endlich noch, daß Kläger weder überhaupt bestritten hat, es sei seinem Sohne zu einem Heringsgeschäft vom Beklagten Vorschuß geleistet worden, noch auch die wegen Verkauf der Heringe beliebten Abreden seien so, wie Beklagter angiebt, getroffen worden, daß sogar Kläger in seinem jetzigen Grav. V die in Grav. III erwähnten Creditposten Nr. 99 pag. 72. in [8] oder Nr. 6 in [12] selbst mit dem Vorschusse von 1577 Rc auf Heringe in Verbindung bringt. Es hat daher ein weiterer besserer Beweis darüber, daß und zwar in solcher Maaßen, wie Beklagter angiebt, auch zu den credi- resp. debitirten Beträgen, zwischen Beklagtem und Block & Co. ein besonderes Heringsgeschäft zum Abschluß und Vollzug gekommen sei, für erforderlich nicht erachtet werden können, zumal das oberwähnte Vorbringen des Beklagten eine große innere Wahrscheinlichkeit für sich hat. Dagegen lassen allerdings Beklagtens Angaben

β. dies im Dunkel, ob gleich bei Creditirung der zur Bezahlung der Heringe an Louttich erforderlichen Summe auch deren prinzipale Deckung aus dem Erlöse bedungen worden sei, und pag. 73. ob nicht etwa, wozu in Ermangelung solcher Bedingung Block & Co. als Schuldner befugt gewesen wären, die hier fraglichen Anweisungen nur unter dem Bemerken behändigt worden seien, es solle auch dadurch das Fleisch-Conto pro rata getilgt werden. Es erschien daher, wenn auch nicht direct nach Maaßgabe der Grav. IV und V, doch in Anschluß an das hier gestellte eventuelle Verlangen einer dem einen oder anderen Theile aufzuerlegenden Eidesleistung, nothwendig, von dem Beklagten, welcher wegen ihm allein beiwohnender eigener Wissenschaft um den wahren Sachverhalt, selbst abgesehen von den aus Natur und Modalität des hier fraglichen Geschäfts zu Gunsten seiner Behauptung und

Digitized by Google

pag. 74. Berechtigung sich ergebenden Vermuthungsgründen, jedenfalls der Vorzug vor dem Kläger gebührte, annoch eidlich erhärten zu lassen, daß die hier in Rede stehenden Creditposten zu Deckung seiner Forderungen aus dem Fleisch-Geschäft nicht, weder ganz noch theilweise, bestimmt gewesen seien, vorgängig welcher Eidesleistung die dem Kläger nicht zu versagende Erhöhung des Credits auf das oberwähnte Residuum des Herings-Erlöses von 332 ℛ 34 ℋ zu beschränken war.

Anbelangend sodann

2. den weiter noch streitigen Creditposten, nämlich den sub. Nr. 111 (nicht Nr. 11, wie es aus untergelaufenem Schreibfehler im Decis. sub. 2. heißt) in [8] nur mit 306 ℛ 4 ℋ, dagegen in [86] sub. Nr. 138 mit 406 ℛ 4 ℋ gebuchten, von dem Fleisch-Conto in [11] ganz ausgeschlossenen und zu dem
pag. 75. obigen geringeren Betrage sub. Nr. 12 dem s. g. Separat-Conto in [12] zugewiesenen Erlös aus Theer betrifft, um welchen Kläger gleichfalls, und zwar bis zur Summe von 406 ℛ 4 ℋ das Credit erhöht und damit das ihm zur Last fallende Debet vermindert wissen will, so ist darüber kein Streit, daß Beklagter aus einer an Block & Co. consignirt gewesenen, aber erst nach ausgebrochenem Concurse und durch Beklagten verkauften Partie Theer die Summe von 406 ℛ 4 ℋ für Rechnung gedachter Firma gelöset und eingenommen habe. Es handelt sich vielmehr lediglich darum, ob überhaupt und eventuell, ob auch zu gedachter Summe, oder ob nur bis zu dem um 100 ℛ niedriger in [8] gebuchten Belaufe Kläger verlangen könne, daß dieser Creditposten
pag. 76. auf das Debet aus Fleischvorschüssen in An- und Abrechnung komme.

a. Ersteres kann von dem rechtlichen Gesichtspunkte aus, daß auch Compensanda, gleich Zahlungen in Ermangelung besonderer alsbald vom Debitor oder Creditor abgegebener Erklärungen, auf die lästigere Schuld in Ansatz zu bringen seien, keinem Zweifel unterliegen, noch besonderer Rechtfertigung bedürfen. Einerseits ist nur zu bemerken, daß der hier fragliche Creditposten zwar nicht, wie der Kaufpreis für das Schiff Anna mit einer auf das Fleischgeschäft bezüglichen datio in solutum zusammenhängt, aber doch auch beklagtischer Seits nicht mit einem Separat-

Digitized by Google

Vorschusse, wie der Herings-Erlös, in Verbindung gesetzt ist. Andererseits kann, da dem Kläger durch Decret des Obergerichts vom 22. Mai 1851 mit Ausschluß aller sonstigen Creditoren der pag. 77.
Firma Block & Co. deren gesammte Activa überwiesen worden sind, und sonach durch die Aufrechnung jenes erst nach erfolgtem Concurse gemachten Erlöses auf die klägerische Bürgschafts-Schuld den Rechten und Interessen Dritter keinerlei Eintrag geschieht, aus dem Fallissement obiger Firma kein Bedenken entnommen werden gegen das klägerische Verlangen.

Nicht außer Streit und Zweifel ist dagegen

b. der Belauf, zu welchem die Credit-Erhöhung einzutreten habe. In Anlaß nämlich der in [9] sub. Nr. 25 vom Kläger gemachten Monitur, es sei in [8] der Posten Nr. 111 um 100 ℛ zu gering angesetzt, hat excipiendo und duplicando

vergl. Prot. des H. Ger. p. 6 in f und p. 21. pag. 78.

Beklagter behauptet, das Netto-Provenü des Theers habe nur 306 ℛ 4 ℋ betragen, indem das Lübecker Haus, welches denselben an Block & Co. zum Verkauf consignirt hatte, nach deren Fallissement dessen Herausgabe verlangt und Beklagten, welcher wiederum von Block & Co. unter Uebergabe der Connoissemente mit dem Verkaufe beauftragt gewesen wäre, mit einem Proceß bedroht hätte, daß dessen Verlust aber vorauszusehen gewesen und Anlaß zu Unterhandlungen mit jenem Lübecker Hause geworden sei, in deren Folge Letzteres gegen Bezahlung von gedachten, auf den Verkaufs-Ertrag von 406 ℛ 4 ℋ natürlich abzuschreibenden 100 ℛ alle Ansprüche an diesen Theer aufgegeben habe, und diesen Abzug hat Kläger seinerseits bei der Beweisantretung, unter eventueller Eidesdelation darüber, daß pag. 79.
nur 306 ℛ 4 ℋ erlöset worden, sowohl in facto ignorirt, als für rechtlich unstatthaft erklärt.

H. Ger. Act. [21] p. 23 und 24.

Indessen findet sich

α. nicht bloß in [86] sub. Nr. 78 des Debets eine entsprechende Zahlung an Th. Lang & Co. gebucht, welche Beklagter als diejenige, welche in [8] und [12] auf das Theer-Provenü in Abzug gebracht sei, in dem oben erwähnten Vorbringen be-

Digitized by Google

handelt, sondern es hat auch Kläger ad Grav. V voriger Instanz implicite diese Identität und die Beziehung jenes Creditpostens auf das Theergeschäft damit anerkannt, daß er dem Einwande rechtlicher Unzulässigkeit gedachten Abzugs nur dahin inhärirte,
pag. 80. es könne hinsichtlich des unterm 6. November 1850 creditirten Postens für Theer von 406 ℛ 4 ℊ eine bestrittene, jedenfalls später entstandene (1851 Januar 18.) Zahlung an Lang & Co. 100 ℛ nicht nachträglich von der ursprünglichen Summe abgesetzt werden. Es liegen daher für die Angaben des Beklagten in der Beweiskraft der Handlungsbücher wie anderweit hinlängliche Momente vor, um dessen Zulassung zu deren eidlicher Erhärtung gerechtfertigt erscheinen zu lassen. — Daß aber

β. die an Lang & Co. obschon erst nachträglich geleistete Zahlung keine neuentstandene selbstständige Forderung an Block & Co. wie diejenigen, welche Beklagter wegen nicht gehöriger Lieferung der ihm für ein certum pretium verkauften Brigg Anna
pag. 81. gemacht haben will, begründet, sondern nur das von vorn herein unbestimmte Provenü aus der consignirten Partie Theer um so viel reducirt hat, ist eben so klar, als daß Kläger eben nur für das Netto Provenü einen Anspruch dahin erheben kann, die Gegenforderungen von Block & Co. auf den Saldo der seinerseits garantirten Fleischvorschüsse in Absatz gebracht zu sehen.

Sonach war denn, wie geschehen, dem klägerischen Antrage auf weitere Erhöhung des Credits um gedachtes Theer-Provenü zwar Folge zu geben, aber doch nur dahin, daß solcher, wenn Beklagter den ihm auferlegten Eid leistete, auf den Betrag von 306 ℛ 4 ℊ zu beschränken sein würde.

pag. 82. In Folge des vorstehend in Bezug auf das Credit-Conto zu Klägers Gunsten, wenn auch nicht vollaus nach seinen Anträgen gewonnenen Ergebnisses, daß es nicht bloß bei der von der Sent. a qua erkannten Erhöhung zu bewenden, sondern auch noch eine weitere eventuell einzutreten hat, wird es allerdings, obwohl eine Minderung des Debet-Contos, wie Kläger solche verlangen zu können meint, allem Anscheine nach nicht eintreten wird, zu der im Handelsgerichts-Erkenntnisse für den Fall, daß Beklagter den ihm auferlegten Schiedseid leisten würde, bereits

Digitized by Google

erkannten gänzlichen Abweisung der erhobenen Rückforderungsklage schließlich nicht kommen können. Es fragte sich daher noch

IV. ob nicht den weiteren klägerischen Beschwerden VI — VIII Folge zu geben sei, welche wider das Decis. III der Sent. a qua pag. 83. und deßhalb erhoben sind, weil solche einestheils zwar für den Fall, daß der dem Beklagten auferlegte Schiedseid von demselben in Betreff aller streitiger Debetposten ausgeschworen würde, den klägerischen Beweis in so weit, so wie bezüglich der um den Kaufpreis für die Brigg Anna verlangte Erhöhung des Credits den Beweis für geführt, im Uebrigen für nicht geführt erklärt, aber doch für keine bestimmte Summe schon jetzt zu Klägers Gunsten erkannt, und zugleich wegen Berechnung der Zinsen und Provisions-Posten den Parteien weitere Anträge vorbehalten, auch verfügt hat, es sei vorab der dem Beklagten im Ober-App.-Gerichts-Erkenntnisse vom 21. April 1853 sub Ib vorbehaltene Beweis späterer Ausdehnung der mit dem klägerischen Wechsel geleisteten Garantie auf andere als auf Fleisch-Vorschüsse pag. 84. originirende Verbindlichkeiten von Block & Co. zu instruiren, und weil anderntheils das Obergericht für den Fall, daß vom Beklagten obiger Schiedseid überall nicht oder doch nicht hinsichtlich sämmtlicher auf solchen gestellten Posten geleistet werden sollte, annoch weiteres Erkenntniß vorbehalten hat.

Wie aber diese Beschwerden und die daran geknüpften Anträge des Klägers überhaupt auf der Voraussetzung beruhen, es werde dem Verlangen weiterer Erhöhung des Credits pure und vollaus Folge gegeben, auch hinsichtlich des Debets alles auf Erfüllungseid des Klägers gestellt werden, und wie sonach, da jene Voraussetzung nach den obigen Resultaten der gegen- pag. 85 wärtigen Instanz theils gar nicht, theils nur bedingter und beschränkter Weise eintritt, von selbst sich erledigen, so bedarf es auch keiner weiteren Ausführung, daß es dermalen, wo dem Beklagten annoch weitere Eide aufzulegen waren, und nach der gesammten Sachlage, weil sich gar nicht bemessen läßt, für welche Debetposten und bis zu welchen Beträgen derselbe den Schiedseid werde leisten können und wollen, ganz unthunlich erschien, eine Rectification der streitigen Conto-Courante eintreten

Digitized by Google

zu lassen, welche doch erst für die Zins- und Provisions-Berechnung eine Basis giebt. Eben so klar aber ist, daß dem Beklagten, obwohl auch er seinerseits in Grav. III über die verfügte Instruction des obgedachten weiteren Beweises sich beschwert hat, solches doch nicht präjudiciren kann, weil diese Beschwerdeführung nur eventuell und für den Fall geschehen ist, wenn die
pag. 86. von der Sent. a qua verfügte Anrechnung des Anna-Kaufpreises ganz oder pro rata wieder in Wegfall käme, sonach ein schließliches Obsiegen Klägers auch nicht einmal partiell in Aussicht stände, daß ihm vielmehr für diesen durch weitere Erhöhung des Credits noch wahrscheinlicher gewordenen Fall, jener Beweis vorbehalten bleiben muß. Es erscheint daher nach allen Seiten hin gerechtfertigt, das Ergebniß der erkannten Eidesleistungen abzuwarten, und wie hiervon die schließliche Rectification des Conto-Courants, insbesondere die Zins- und Provisions-Berechnung, so auch die Entscheidung über die vom Kläger verlangte Rückgewährung der Wechselzahlung davon abhängig bleiben zu lassen, ob und mit welchem Erfolge die in der Sent. a qua verfügte, für den Beklagten natürlich nur facultative Instruction des mehrgedachten Beweises eintreten werde.

pag. 87. In allen diesen Beziehungen hatte es daher bei der Sent. a qua lediglich sein Bewenden zu behalten, und lag, zumal beim Mangel jeder hierauf gerichteten Beschwerde, eben so wenig ein Anlaß zur Aenderung der hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten darin ausgesprochenen Reservation resp. Compensation vor, während die nur zu geringem Theile von dem Kläger erlangte Abänderung der Sent. a qua dahin führen mußte, trotz Verwerflichkeit und Erfolglosigkeit der beklagtischen Beschwerden, auch die sämmtlichen Kosten jetziger Instanz gegen einander zu vergleichen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Bruhn**, Kanzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen L. Eduard Boss zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Diedrich Meyer daselbst, Klägern jetzt Appellaten, Schadensforderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, dieselbe auch für anher erwachsen zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 26. October 1857 wieder aufzuheben, und die angestellte Klage, auch soweit sie auf die contractswidrige Beschaffenheit des streitigen Roggens gestützt worden ist, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz, angebrachter Maaßen zu verwerfen sei.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 16. Juni 1859.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Mit Unrecht hat der Kläger die Appellabilität der vorliegenden Sache, welche bei Einführung der vom Beklagten ergriffenen Appellation unzweifelhaft vorhanden war, damit
pag. 2. beseitigen zu können gemeint, daß er mittelst seiner Eingabe vom 11. Februar vorigen Jahres erklärt hat, die ursprünglich auf 1012 ℛ 36 ℋ gerichtete Klage auf 1000 ℛ reduciren zu wollen.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob eine nach Entscheidung einer Sache in unterer Instanz durch zufällige Umstände herbeigeführte Verminderung des Streitgegenstandes, wodurch derselbe unter den Betrag der Apellationssumme sinkt, die Competenz des Oberrichters ausschließen würde, und ebenso, ob dabei auf die Zeit der Eröffnung des angefochtenen Erkenntnisses oder der Einlegung oder der Einführung der Appellation zu sehen wäre. Denn jedenfalls kann diese Folge einer vom Appellaten nach
pag. 3. Einführung der Appellation ausgehenden willkürlichen Reduction des Streitgegenstandes nicht beigelegt werden. Entsprach einmal die Beschaffenheit der anhängigen Sache allen den Bedingungen, unter denen eine Partei verlangen konnte, die Gerechtigkeit eines erlassenen Urtheils in höherer Instanz von Neuem geprüft zu sehen, und war demgemäß der Oberrichter von ihr bereits angegangen worden, so hat sie damit im Verhältniß zu ihrem Gegner ein wohlerworbenes Recht erlangt, welches ihr der Letztere durch seine Handlungen nicht wieder entziehen kann. Es folgt dies aus den allgemeinen Grundsätzen von Erwerbung der Rechte und tritt um so einleuchtender hervor, wenn man erwägt,
pag. 4. daß nach der entgegengesetzten Ansicht alle zur Begründung der Competenz des Oberrichters vorgenommenen Handlungen — Einwendung und Einführung des Rechtsmittels, Bescheinigung

Digitized by Google

des Werthes der Beschwerde ꝛc. — durch eine beliebige Verfügung des Gegners wirkungslos und gleichsam wieder ungeschehen gemacht werden könnten. Wie wenig eine solche Abhängigkeit der processualischen Rechte einer Partei von dem Belieben ihres Gegners zu billigen wäre, wird durch den ein ähnliches Verhältniß betreffenden Ausspruch in

L. 11. §. 1. D. de jurisdictione. (2. 1.)

bestätigt. Auch in der Doctrin ist die Fortdauer der in der angegebenen Weise einmal begründeten Competenz des Oberrichters unbedenklich anerkannt worden, pag. 5.

Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. 6. S. 359.

und die bisherige Praxis des Ober-Appellations-Gerichts steht derselben keineswegs entgegen.

Denn das Hamburgische Präjudicat

Pflughoeft ca. Bosselmann, Decbr. 1837.

worauf sich der Appellat beruft, betraf nicht, wie es nach der Mittheilung von

Blume. O. A. Ger. Ordn. p. 23. not. g.

allerdings scheint, einen Fall der vorliegenden Art, sondern vielmehr den, daß in dritter Instanz eine berichtigende Erklärung des Klägers abgegeben wurde, aus welcher sich ergab, daß das Object von Anfang an die Appellationssumme nicht erreicht hatte. Daß ein theilweiser Verzicht des Appellaten an der pag. 6.
Appellabilität nichts ändere, ist später in einer Hamburgischen Sache vom Jahre 1851 bereits anerkannt worden. Die Appellation des Beklagten mußte sonach für anher erwachsen erklärt werden.

II. Die Sache selbst anlangend, steht die erhobene Entschädigungsklage gegenwärtig nur insoweit zur Beurtheilung, als sie auf die contractwidrige Qualität des gelieferten Roggens gestützt worden ist, indem dieselbe im Uebrigen in beiden vorigen Instanzen angebrachter Maaßen verworfen wurde, und der Kläger die gegen das obergerichtliche Erkenntniß ergriffene Appellation nicht verfolgt, vielmehr in [10] jetziger pag. 7.
Instanz zurückgenommen hat.

Digitized by Google

Der Beklagte hat in Grav. I seine Beschwerden voriger Instanz wiederholt, und in diesen principaliter beantragt, die Klage definitiv oder doch angebrachter Maaßen zu verwerfen (grav. 1 und 2), eventuell eine andere Regulirung der auferlegten Beweise verlangt (grav. 3), ein Verlangen, welches in grav. II und III jetziger Instanz noch näher präcisirt worden ist.

Der Principal-Antrag des Beklagten grav. 1 und 2 (voriger Instanz) mußte nun auch, so weit er auf Verwerfung der Klage angebrachter Maaßen gerichtet ist, für begründet erachtet werden, so daß es auf die eventuellen Beschwerden nicht weiter ankam. Es war nämlich

pag. 8. 1) die Frage, ob der Beklagte durch den besonderen Inhalt des abgeschlossenen Contracts [3] der Handelsgerichts-Acten die Garantie übernommen habe, den Roggen in Bremen „gut und gesund“ zu liefern mit dem Obergericht, abweichend von der Ansicht des Handelsgerichts, zu verneinen. Die im Eingang des Contractes gebrauchten Worte „guten gesunden Roggen“ enthalten unverkennbar nur die nähere Bezeichnung des verkauften Gegenstandes überhaupt, ohne daß irgend eine Andeutung daraus zu entnehmen ist, daß die Contrahenten den Zeitpunkt, zu welchem die Qualität zu gewähren sei, besonders hätten feststellen wollen. Die unmittelbar folgenden Worte: „gleich nach — — — abzuladen und frei hier — — — zu
pag. 9. liefern“, haben eine selbstständige Bedeutung und bestimmen, wann und wie der Transport zu beschaffen sei und wo die Lieferung zu erfolgen habe. Daß dieselben zu der vorherigen Bezeichnung der Qualität in einer speciellen Beziehung hätten stehen sollen und daß man sich sowohl bei „abladen“ als bei „liefern“ jene Beziehung als Ausdruck einer eigenen Vertragsstipulation nochmals wiederholt zu denken hätte, das ergiebt weder die Satzverbindung, noch ist sonst ein Grund dafür erfindlich. Vielmehr wäre, wenn der Beklagte die Gefahr der Verschlechterung auf dem Transport vertragsmäßig unbedingt hätte übernehmen wollen, zu erwarten gewesen, daß man die Worte „gut gesund“ gerade mit „hier zu liefern“ in unmittelbare

Digitized by Google

Verbindung gebracht haben würde, woneben sie dann an einer pag. 10.
früheren Stelle ganz entbehrlich gewesen wären.

Auch die Unterstützung welche das Handelsgericht für seine Ansicht in der Vertragsclausel über das Verunglücken der Schiffe zu finden glaubt, erscheint unbegründet. Allerdings würde, wenn man voraussetzt, daß nach der Natur des Contractes der Beklagte die ganze Gefahr des Transportes zu tragen gehabt hätte, in jener Vertragsclausel eine specielle Ausnahme von dieser Verpflichtung enthalten sein, deren Beschränkung auf den Fall des Unterganges indirect bestätigte, daß man es hinsichtlich der Gefahr der Verschlechterung bei der gesetzlichen Regel belassen habe. Allein wenn es sich darum handelt, ob der Beklagte durch den besonderen Inhalt des Contractes eine ihn an sich nicht tref- pag. 11.
fende Verpflichtung übernommen habe, muß von der umgekehrten Voraussetzung ausgegangen werden, daß nach der Natur des Contractes der Kläger als Käufer die Gefahr des Transportes zu tragen gehabt hätte, und dann enthält die Verabredung, daß beim Verunglücken der Schiffe der Contract erlösche, eine Ausnahme zu Gunsten des Klägers, aus welcher sich in keiner Weise schließen läßt, daß hinsichtlich der Gefahr der Verschlechterung ebenfalls etwas von der Natur des Contractes Abweichendes habe bestimmt und diese Gefahr dem Beklagten auferlegt werden sollen.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich übrigens zugleich, daß in den Eingangsworten des Contracts auch keine Stipulation zu Gunsten des Beklagten dahin, daß er für gute Qualität nur pag. 12.
bei der Abladung zu haften haben sollte, gefunden werden darf. Es kommt somit

2) Alles darauf an, bis zu welchem Zeitpunkt der Beklagte vermöge der Natur des Contractes für die Qualität guten, gesunden Roggens einzustehen hatte, oder mit andern Worten, mit welchem Moment die Gefahr der Verschlechterung auf den Kläger überging. Wie es sich in dieser Hinsicht verhalten würde, wenn ein reiner Kauf eines genus vorläge, kann dahingestellt bleiben.

Digitized by Google

Denn hier ist nicht nur im Contract verabredet worden,
daß der Beklagte die Schiffe, mit welchen der Roggen verladen
werde, sobald als möglich und wenigstens innerhalb 3 Wochen
pag. 13. nach eröffneter Schifffahrt, dem Kläger aufzugeben habe, sondern
es steht auch fest, daß der Beklagte die beiden Schiffe Emanuel
und Wohlfahrt, aus denen er den fraglichen Roggen in Bremen
anweisen ließ noch vor dieser Anweisung dem Kläger wirklich
aufgegeben hat. Der letztere Umstand ist nämlich vom Kläger
in erster Instanz gar nicht bestritten, und in der Vernehmlassung
zweiter Instanz (p. 3.) ausdrücklich eingeräumt worden. Durch
diese in Vollzug gesetzte Vertrags-Stipulation wurde der Gegen-
stand des Kaufes in soweit specialisirt, daß der Beklagte keinen
anderen, als den in den bezeichneten Schiffen verladenen Roggen
anbieten, und der Kläger keinen anderen als eben diesen fordern
pag. 14. konnte. Ob damit schon ein vollständiger Uebergang der Gefahr
auf den Käufer herbeigeführt wurde, oder ob man es als die
wahre Meinung der Contrahenten anzusehen hätte, daß der
Käufer den auf dem Transport verschlechterten Roggen immer
noch abzulehnen befugt sein solle, kann dahin gestellt bleiben,
da es sich gegenwärtig nicht um die Verbindlichkeit zum Empfang
der Waare handelt, sondern lediglich eine Entschädigungsklage
vorliegt. Jedenfalls nämlich mußte der gedachten Ausscheidung
des Objectes aus der Gattung nach allgemeinen Rechtsregeln
und in Ermangelung anderweiter Vertragsbestimmungen minde-
stens die Wirkung beigelegt werden, daß der Käufer für die
durch den Transport veranlaßte Verschlechterung nicht noch
Schadensersatz fordern könne, eine Annahme, mit welcher auch die
pag 15. Entscheidungen des O. A. Ger. in den Bremischen Sachen

Backhaus ca. Kalkmann & Co. Novbr. 1856.

Wätjen ca. Lahusen Juni 1858.

in Uebereinstimmung stehen.

War der Beklagte hiernach für die Verschlechterung des
Roggens seit der Specialisirung nicht schadensersatzpflichtig, so
folgt doch daraus nicht, daß eine Entschädigungsklage wegen der
Qualität rechtlich überhaupt nicht begründet sein könne, nachdem
der Kläger den Empfang des Roggens abgelehnt hat. Die von

Digitized by Google

dem Beklagten mehrfach besprochene Frage, ob und in wieweit der Käufer neben der Redhibition des Kaufobjectes auch noch Schadensersatz fordern könne, kommt hier nicht in Betracht. Denn durch die obige Vertragsstipulation ist der Contract keines- pag. 16.
wegs einem solchen gleich geworden, welcher von Anfang an eine species zum Gegenstande hatte, oder bei welchem durch unbedingten Empfang der Waare bereits eine vollständige Verwandlung in eine species vor sich gegangen ist. Vielmehr blieb der Beklagte, da er die Verladung des Roggens, also die Ausscheidung des Objectes aus der Gattung einseitig vorzunehmen hatte, contractlich verpflichtet, bei diesem Erfüllungsact die zugesagte Qualität zu gewähren, also nur guten gesunden Roggen zu der für den Kläger bestimmten species zu machen. Sollte der Beklagte hierbei seiner Pflicht nicht, oder nicht gehörig nachgekommen sein, so trifft ihn, wie bei jeder Nichterfüllung einer Vertragsobligation, die Verantwortlichkeit für den dadurch dem pag. 17.
Kläger verursachten Schaden, ohne daß es in dieser Beziehung einen Unterschied machen konnte, ob der Kläger den Roggen ablehnte oder nicht.

Was sodann die Frage betrifft, mit welchem Moment vermöge der obigen Vertragsstipulation die den Beklagten außer Verantwortung setzende Specialisirung des Objects eingetreten sei, so leidet es zwar keinen Zweifel, daß die vom Verkäufer vorgenommene Ausscheidung dazu noch nicht genügt. Ebensowenig hat man aber erst den Zeitpunkt, wo die Anzeige von der Ausscheidung an den Käufer gelangte, als den entscheidenden anzusehen. Vielmehr kommt es in einem Falle wie dem vorliegenden, wo dem Verkäufer die Ausscheidung überlassen worden pag. 18.
ist, nur darauf an, daß dieselbe in einer Weise erfolgt sei, welche den Verkäufer an der Substituirung einer anderen species hindert, dem Käufer also die Identität des Ausgeschiedenen sichert.

vgl. Thöl Handelsr. § 74.

Man muß daher die Specialisirung von der Verladung an datiren, wenn gleichzeitig eine Anzeige derselben an den Käufer abgesendet wurde, und eben diese Anzeige nur noch vor der Ankunft der Waare an den Käufer gelangte. Es bedarf aber

nicht noch eines besonderen Beweises der gleichzeitigen Absendung der Anzeige, wenn der Käufer sie vor der Ankunft der Waare erhalten hat, und seinerseits keine Rüge oder Beschwerde über
pag. 19. verspätete Anzeige erhebt, indem er dadurch zu erkennen giebt, daß er die ihm angezeigte Verladung als für ihn bestimmte Ausscheidung gelten lasse, wie dies in dem oben angeführten Präjudicat

Backhaus ca. Kalkmann & Co. Novbr. 1856

bereits gebilligt worden ist. So verhält es sich aber im vorliegenden Falle. Der Kläger hat zwar in der Replik bei dem Streitpunkt, ob die Verladung verzögert worden sei, beiläufig erwähnt, er habe den Beklagten oft gemahnt, ihm die Namen der Schiffe aufzugeben, er hat aber weder behauptet, daß er bei oder nach der Ablehnung des angebotenen Roggens außergerichtlich eine Verspätung der Anzeige im Verhältniß zur Abladung gerügt
pag. 20. habe, — wie denn auch der Brief des klägerischen Anwalts [12] der Handelsger. Acten davon Nichts enthält, — noch hat er im gegenwärtigen Proceß sich über eine solche Verspätung irgendwo beschwert und Ansprüche daraus hergeleitet. Es muß daher der Zeitpunkt der Verladung in die dem Kläger aufgegebenen beiden Schiffe zugleich als der Zeitpunkt der Specialisirung angesehen werden, wobei es sich hinsichtlich der ersten Partie Roggen von 400 Tonnen von selbst versteht, daß der Transport von Horsens bis Altona noch auf Gefahr des Beklagten ging, da er in der Duplik eingeräumt hat, dem Kläger nur den Emanuel, mit welchem der Transport von Altona aus erfolgte, aufgegeben zu haben.

Wenn nach dem Bisherigen der Entschädigungs-Anspruch
pag. 21. des Klägers materiell davon abhängt, daß der Roggen zur Zeit der Verladung kein guter und gesunder gewesen sei, so fragt sich noch

3) was prozessualisch zur Begründung der Klage und was zur Vertheidigung des Beklagten gehörte.

Das Obergericht geht von der Ansicht aus, an sich habe der Kläger bei dem Kaufe in genere nicht die Gefahr der Verschlechterung auf der Reise zu tragen gehabt, es sei daher nicht seine Sache gewesen, zu behaupten, daß schon zur Zeit der Verladung der Verderb der Waare eingetreten sei, vielmehr habe es

Digitized by Google

dem Beklagten obgelegen, zu begründen, mit welchem Zeitpunkt die Specialisirung durch Anzeige der Verladung eingetreten sei, und zu behaupten, daß erst nach dieser Anzeige die Waare verdorben sei, in Ermangelung genügender Angaben hierüber sei es bei der handelsgerichtlichen Entscheidung zu belassen, pag. 22.
wonach der Obsieg des Klägers nur von dem Beweise abhängig gemacht ist, daß der Roggen bei der Offerirung in Bremen kein guter, gesunder gewesen und dadurch dem Kläger ein Gewinn von 1012 ℛ 36 ℊ oder wie viel weniger entgangen sei. Dieser Ansicht des Obergerichts war jedoch nicht beizupflichten. Es liegt hier nicht der Fall vor, wo der Verkäufer in der Lage wäre — der Klage auf Erfüllung oder der exceptio non rite adimpleti contractus gegenüber — die gehörige Erfüllung des Contractes von seiner Seite beweisen zu müssen. Vielmehr verlangt der Kläger Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung des Contractes, und hat daher den allgemeinen Regeln gemäß zu begründen und nachzuweisen, daß der Beklagte seiner pag. 23.
Vertragsverbindlichkeit nicht gehörig nachgekommen, und daß dadurch dem Kläger ein Schaden entstanden sei. Wenn aber nach dem Obigen dem Beklagten nur oblag, guten gesunden Roggen in die dem Kläger aufgegebenen Schiffe zu verladen, und von da an die Gefahr der Verschlechterung, soweit es sich um Schadensersatz handelt, den Kläger traf, so folgte von selbst, daß durch die schlechte Beschaffenheit des in Bremen angebotenen Roggens ein contractwidriges Handeln des Beklagten noch keineswegs begründet wird, dazu vielmehr der Nachweis erforderlich wäre, daß der Roggen bei seiner Verladung in die Schiffe kein guter und gesunder gewesen sei. Die Erwägung des Obergerichts, daß dem Kläger die Natur eines Kaufes in pag. 24.
genere zur Seite stehe und dem gegenüber die Specialisirung mit den sich daran knüpfenden Folgen eine Einrede des Beklagten bilde, erscheint deshalb nicht zutreffend, weil die Specialisirung auf Grund der mehrerwähnten Vertragsstipulation bereits vor der Ankunft des Roggens in Bremen erfolgt war, der Kläger sich also nach dieser Veränderung nicht mehr darauf berufen kann, daß die Tragung der Gefahr, welche dem Beklagten

Digitized by Google

oblag, so lange der Gegenstand in einem genus bestand, noch fortwirkte.

Gehörte somit zur Begründung des Klaganspruchs die Behauptung, daß der Roggen zur Zeit der Verladung in die Schiffe Emanuel und Wohlfahrt kein guter und gesunder gewesen sei, so fehlt es der angestellten Klage an der nothwendigen
pag. 25. Substantiirung. Denn der Kläger hat über den Zustand des Roggens zur Zeit seiner Verladung nirgends eine selbstständige Behauptung aufgestellt, sich vielmehr replicando darauf beschränkt, zu erklären: ob der Roggen beim Verladen gesund gewesen, müsse er ignorando entkennen, eine Aeußerung, welche ihrer völligen Unbestimmtheit wegen eine zur Substantiirung der Klage gehörige und zur Auflegung eines Beweises geeignete Behauptung nicht ersetzen kann. Die Klage war deßhalb unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz angebrachter Maaßen zu verwerfen.

4) Anders würde sich die Sache verhalten, wenn die Verschlechterung des Roggens auf der Reise nicht dem Zufall, oder dem natürlichen Hergang, sondern einer Schuld des Beklagten
pag. 26. beizumessen wäre. Dann würde der Beklagte dieser culpa wegen für die in Bremen vorgefundene Qualität des Roggens aufzukommen haben. Der Kläger hat nun in der Replik eventuell behauptet, den Beklagten treffe die Schuld, daß der Roggen in Bremen nicht gut und gesund angekommen sei, weil er ihn contractwidrig zu spät verladen habe und der Roggen dadurch größerer Hitze ausgesetzt worden sei. Ob der Berücksichtigung dieser Klagbegründung die rechtskräftige Verwerfung der Klage, soweit sie auf verspätete Abladung gestützt ist, entgegenstehen würde, kann dahin gestellt bleiben. Denn jedenfalls bildet die fragliche Behauptung nur eine Eventualität für den Fall, daß der auf die schlechte Qualität des Roggens (zur Zeit der Verladung) zu stützende Entschädigungsantrag gar nicht mehr in
pag. 27. Betracht käme, sei es, daß der Kläger ihn aufgäbe, oder definitiv damit abgewiesen würde.

Da aber die Principal-Klage nur angebrachter Maaßen zu verwerfen war, so konnte auf Grund der eventuellen Behauptung

ein Beweisverfahren im gegenwärtigen Prozesse nicht eingeleitet werden, vielmehr mußte die Berücksichtigung derselben davon abhängig bleiben, ob und in welcher Weise der Kläger sich zur Anstellung einer neuen Klage entschließen sollte.

5) Daß bei der Verwerfung der Klage die revivisicirenden Beschwerden des Klägers in voriger Instanz sich sämmtlich erledigen, bedarf keiner Auseinandersetzung.

Ueber die Compensation der Kosten voriger Instanz liegt keine Beschwerde vor. Die Kosten dieser Instanz waren wegen der ergehenden reformatoria gleichfalls zu compensiren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Karl Busjaeger zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider die Deputirten der Karl Heinrich Gottlieb Reimer'schen Debitmasse, Dr. Johannes Heineken und August Köhnholz daselbst, Kläger jetzt Appellaten, Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 31. Mai vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, aufzuheben, Beklagter mit dem Zeugenbeweise, soweit er durch die Zeugen Fürstenau, Heinemann, Kreyenhagen, Weyhausen, Kersting, Becker und Meyer angetreten worden, zuzulassen und vom Handelsgerichte mit Vernehmung dieser Zeugen nach Maaßgabe der Vorschriften in §. 46. f. der Handelsgerichts-Ordnung zu verfahren sei.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. September 1859.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Entscheidungsgründe.

Den vorigen Erkenntnissen kann darin, daß die Beweisantretung durch Zeugen sofort zurückzuweisen und lediglich auf
pag. 2. den eventuell zugeschobenen Eid zu erkennen sei, nicht beigetreten werden.

Von dem im Handelsgerichts-Erkenntnisse vorangestellten Grunde, daß es sich um testes de auditu handele, hat das Obergericht mit Recht abstrahirt. Die vorgeschlagenen Zeugen sollen nicht darüber aussagen, was sie von dritten Personen über die in Frage stehende Cession in Erfahrung gebracht haben, sondern sie sollen Mittheilungen bekunden, die ihnen von den Betheiligten selbst über ein zwischen ihnen geschlossenes Geschäft gemacht worden sind, und die Frage ist lediglich die: ob und in welchem Maaße diese Mittheilungen, wenn sie erwiesen werden, einen Schluß darauf zulassen, daß jenes Geschäft wirklich vorgekommen, und daß dessen rechtlicher Character der einer Ueber-
pag. 3. tragung des fraglichen Forderungsrechtes auf den Beklagten, um dasselbe als eigenes geltend zu machen, gewesen sei.

A. Anlangend die erste Frage, so würde den betreffenden Mittheilungen, wenn sie entsprechenden Inhalts gewesen, allerdings eine nicht geringe Bedeutung für den von dem Beklagten zu liefernden Beweis beigelegt werden müssen.

Die Eröffnungen welche der angebliche Cedent Lenz über die von ihm vorgenommene Veräußerung eines gegen Reimer ihm zustehenden Forderungsrechtes, noch vor der Insolvenz-Erklärung des Letzteren, an dritte Personen gemacht haben soll, erscheinen um so erheblicher, als unter diesen Personen sich auch die Commis des Lenz befunden haben, und diesen die frag-
pag. 4. lichen Eröffnungen in geschäftlicher Beziehung und in Verbindung

mit einem Auftrage behufs Vollziehung der getroffenen Uebereinkunft gemacht worden sein sollen. Kommt nun noch hinzu, daß auch der Beklagte vor der Reimerschen Insolvenz-Erklärung eine den Eröffnungen des Lenz entsprechende Mittheilung an seinen Commis gemacht, so würde durch diese zusammentreffenden Anzeigen jedenfalls eine so starke Vermuthung dafür, daß das Geschäft so, wie es von den Betheiligten anderen Personen dargestellt worden, auch wirklich zu Stande gekommen, begründet werden, daß die Auflegung eines Notheides für gerechtfertigt erachtet werden müßte.

B. Es wird also darauf ankommen, ob das, was die Zeugen als von Lenz resp. dem Beklagten ihnen mitgetheilt zu bekunden im Stande sind, seinem Inhalte nach dem Beweissatze pag. 5. entspricht, resp. denselben erschöpft.

1. Das Obergericht hat dies schon auf Grund der in der Beweisantretung enthaltenen Angabe verneinen zu können geglaubt, im Wesentlichen deshalb, weil die Cession zu ihrem Rechtsbestande voraussetze, daß ein besonderes zur Uebertragung des Forderungsrechts geeignetes Rechtsgeschäft (Kauf, Schenkung und so w.) zwischen Cedenten und Cessionar abgeschlossen worden, die Zeugen aber nur darüber aussagen sollen, daß ihnen im Allgemeinen von einer „Cession“ oder Uebertragung Mittheilung gemacht worden sei, und hiedurch jene nothwendige Voraussetzung der Cession um so weniger constatirt werden könne, als die Betheiligten sich der fraglichen Ausdrücke sehr wohl auch dann bedient haben könnten, wenn ihre Absicht dahin gegangen sei, pag. 6. den Beklagten „bloß äußerlich zu befähigen“, daß er die Forderung von Eickhorst Nachfolger compensando geltend machen könne. Dieser Begründung steht indessen

a, schon das entgegen, daß es noch gar nicht an der Zeit, und der Richter noch gar nicht in der Lage ist, die Erheblichkeit der zu erwartenden Zeugen-Aussagen einer derartigen eingehenden Prüfung zu unterziehen.

Im Handelsgerichts-Processe genügt, wenn eine richterliche Beweisauflage erlassen ist, zur Antretung des Zeugenbeweises die Benennung der Zeugen. Die speciellen Punkte auf welche

es ankommt, werden erst bei der Vernehmung durch geeignete Fragstellung Seitens des Richters und der Parteien eruirt.

Handelsger.-Ordng. § 45—47. vgl. m. 41. 48—50.

pag. 7. Damit ist nun allerdings ausgeschlossen, daß wenn der Producent sofort bei der Beweisantretung die Momente angiebt, über welche allein die Zeugen auszusagen im Stande seien, und diese Momente als unerheblich oder unzureichend erkannt werden, die Vernehmung versagt werden kann. Allein man wird bei Prüfung der Beweisantretung immer davon ausgehen müssen, daß es sich bei der Hervorhebung derartiger Momente nicht um eine erschöpfende Zusammenstellung, wie sie bei Formirung der Beweisartikel bezweckt wird, sondern nur im Allgemeinen um Bezeichnung der Richtung handelt, in welcher die Zeugen vernommen werden sollen. Im vorliegenden Falle ist dies in der Weise geschehen, daß die Zeugen nicht direct über das zu er-
pag. 8. weisende Rechtsgeschäft, sondern nur darüber befragt werden sollen, welche Mittheilungen ihnen von den Betheiligten über dasselbe gemacht worden. Es kann aber keineswegs als Zweck der Beweisantretung angesehen werden, jetzt schon den Inhalt dieser Mittheilungen genau und erschöpfend wieder zu geben, muß vielmehr, um die Zeugenvernehmung eintreten zu lassen, genügen, daß als Object jener Mittheilungen die „Cession“ oder „Uebertragung“ des fraglichen Forderungsrechts, also im Allgemeinen eben das bezeichnet ist, was den Gegenstand des vom Beklagten zu liefernden Beweises bildet. Mit welchen Worten dies Geschäft bei jenen Mittheilungen bezeichnet und wie dasselbe im Näheren characterisirt worden, darüber sollen erst die Zeugen-Aussagen nähere Auskunft geben. Diese müssen also abgewartet
pag. 9. werden, ehe ein Urtheil darüber möglich ist, ob jene Mittheilungen das enthalten haben, was dem Beklagten zu beweisen obliegt.

b. Allein auch in der Sache selbst kann, — zumalen im Hinblick auf die durch das rechtskräftige Handelsgerichts-Erkenntniß vom 1. Februar 1858 hergestellte Proceßlage — dem Obergericht nicht beigepflichtet werden. Das Ober-Apellations-Gericht hat wiederholt ausgesprochen, daß zur Legitimation des Cessionars der Beweis des Cessions-Actes genüge und dem Gegner,

Digitized by Google

wenn er die Existenz eines rechtsbeständigen Titels der Cession bestreiten wolle, die Begründung und der Beweis eines desfalsigen Mangels obliege. Im vorliegenden Falle ist ganz in Uebereinstimmung mit dieser Ansicht verfahren. Kläger hat der Compensations-Einrede den Einwand entgegengesetzt, daß die pag. 10.
Cession, wenn sie vorgekommen, eine fingirte gewesen sei, und diesen Einwand gerade darauf gestützt, daß ein der Cession vorhergehendes (zu Grunde liegendes) Rechtsgeschäft nicht vorgelegen habe.

Prot. p. 4. al. 1.

Das Handelsgericht hat in seinem Erkenntnisse vom 1. Febr. 1858 diesen Einwand als eine „wahre Einrede (sc. der Simulation“) gegen die Cession“ characterisirt, die Instruction der Sache in dieser Richtung aber ausgesetzt und zunächst nur vom Beklagten den Beweis der Cession (im Gegensatze gegen das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß) gefordert. Es kann daher der Umstand, daß es sich anscheinend bloß um eine „äußerliche Befähigung“ des Beklagten zur Compensation gehandelt, oder mit anderen Worten, eben jene vom Handelsgerichte aus- pag. 11.
gesetzte Einrede der Simulation — nicht benutzt werden, um die Beweisantretung des Beklagten als eine unzutreffende zu characterisiren.

2. Das Handelsgericht hat — abgesehen von der theilweisen Verdächtigkeit der Zeugen, die indeß deren Vernehmung nicht hindert — für die Verwerfung des Zeugenbeweises, neben dem bereits erörterten Hauptgrunde, noch zwei Momente in Bezug genommen.

a. Es scheine, daß die Comtoiristen nur über eine für den Beklagten auszuschreibende „Anweisung“ Auskunft geben könnten. Allein nichts in der Beweisantretung rechtfertigt diese Supposition. Beklagter behauptet ausdrücklich, auch den Commis sei von der „geschehenen Cession“ Kenntniß gegeben worden, und die Anweisung stellt sich nach jener Darstellung nur als ein Mittel zur pag. 12.
Einziehung der cedirten Forderung, keineswegs als der alleinige Inhalt des Geschäftes dar.

b. Die Zeugen, soweit sie über die behauptete Uebertragung der Forderung vorgeschlagen seien, würden sich, wenn nur dieses ihnen mitgetheilt worden, in der Lage finden, sich selbst den Rechtsbegriff und die Erfordernisse der Cession bilden zu müssen. — Allein abgesehen davon, daß man — nach der Ausführung unter 1, a. — bis jetzt noch nicht zu der Voraussetzung berechtigt ist, es sei nur von der „Uebertragung" des Forderungsrechtes (mit diesem oder einem ähnlichen generellen Ausdrucke) Mittheilung gemacht worden, so haben die Zeugen selbstverständlich weiter Nichts zu thun, als die ihnen gemachten Mittheilungen möglichst wortgetreu, wiederzugeben, und es ist nicht ihre, sondern
pag. 13. die Sache des Richters darüber zu urtheilen, ob der Inhalt des Mitgetheilten dem Rechtsbegriffe und den Erfordernissen der Cession entspricht und dieselben erschöpft.

3. Endlich haben noch die Kläger als „Unwahrscheinlichkeitsgründe", durch welche die aus den mehrbesprochenen Mittheilungen etwa zu schöpfende Muthmaßung, daß die qu. Cession Statt gefunden, jedenfalls wieder entkräftet werde, geltend gemacht:

a, daß die Cession bloß mündlich vorgenommen sein solle,

b, daß dieselbe dem Schuldner Reimer nicht angezeigt worden,

c, daß Dr. Johannes Heineken den über die Negative des Beweissatzes deferirten Eid acceptirt habe, obgleich — nach der Behauptung des Beklagten — auch ihm Mittheilung von der Cession gemacht worden sein solle.

O.-Ger.-Act. [3] p. 3. 4.

pag. 14. Allein die Momente unter a. und b. gehören gar nicht in das Beweis-, sondern in das erste Verfahren, und sind dort auch bereits — jedoch ohne Erfolg — hervorgehoben worden; der Umstand unter c. aber beweist nur, daß die dem Dr. Heineken von Lenz (nach Handelsger.-Prot. p. 7.) gemachte Mittheilung nicht der Art war, daß Heineken danach eine Cession als vorgenommen angesehen hat. Ob das, was den übrigen in Frage stehenden Personen eröffnet worden, von ähnlicher ungenügender Beschaffenheit war, darüber wird man erst dann ur-

Digitized by Google

theilen können, wenn der Inhalt dieſer Eröffnungen durch die Zeugenvernehmung in das gehörige Licht geſetzt ſein wird.

Dieſem Allen nach mußte der Beklagte mit dem Zeugenbeweiſe, ſoweit er noch in Frage ſteht, zugelaſſen, auch in Folge der Abänderung des angefochtenen Erkenntniſſes in der Hauptſache eine Compenſation der Koſten voriger Inſtanz verfügt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Julius Salomon Cohen zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, wider Carl Dettmar Stahlknecht daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, Forderung für verkaufte Wechsel betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 17. Mai 1858, wie hiemit geschieht, unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, dahin abzuändern, daß dem Beweissatze unter 2 B des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 4. Februar 1858 folgende Fassung zu geben sei:

daß die in Handelsgerichts-Acten [7] bemerkten, dem Kläger von Isern überlieferten Wechsel in Anrechnung auf die eingeklagte Forderung gegeben und angenommen worden seien.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 10. October 1859.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

A. Grav. I. hat keine selbstständige Bedeutung, da die Beschwerden voriger Instanz, über deren Verwerfung dasselbe erhoben ist, in Grav. II., III. und V. speciell wiederholt sind.

pag. 2. B. Grav. II. bezieht sich auf den dem Beklagten über seine Zahlungs-Einrede unter 2, B. des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 4. Februar v. J. nachgelassenen Beweis.

Kläger verlangt eine Fassung des Beweissatzes, durch welche anerkannt werde, daß die Hingabe der in Hand.-Ger.-Acten [7] verzeichneten Wechsel an ihn den Charakter einer Zahlung auf die libellirte Schuld nicht durch den einseitigen Willen des Gebers, sondern nur durch den übereinstimmenden Willen des Gebers und des Empfängers erhalte. Wenn es auch nicht zweifellos ist, ob das Handelsgericht diese Frage in einem der Intention des Beschwerdeführers entgegengesetzten Sinne hat entscheiden wollen, so hat doch das Ober-Gericht dem handels-

pag. 3. gerichtlichen Beweissatze ausdrücklich die Bedeutung beigelegt, daß der Wille des Empfängers nicht in Betracht komme, und dies muß bei Beurtheilung der Sache in gegenwärtiger Instanz maßgebend sein. Hiervon ausgegangen aber erscheint die Beschwerde begründet. Es liegt kein Fall vor, wo von den in L. 1. C. de solut. (8, 43) und anderen Quellenstellen über die Wirkung einer Zahlung im Falle mehrerer Schulden gegebenen Vorschriften Gebrauch zu machen wäre. Allerdings hatte Kläger zur Zeit des Empfangs der fraglichen Wechsel (am 21. November 1857) zwei durch Reimer resp. Isern zu berichtigende Forderungen:

1) Die libellirte Forderung an den Beklagten. Denn daß Reimer Zahlungsmandatar des Letzteren war, ist nach der Stellung die er als dessen Makler, dem Bremischen Handelsgebrauch zufolge, einnahm, nicht zu bezweifeln:

pag. 4. cf. H. G. Act. [9] p. 3. 4.

und vom Kläger — der freilich in diesem Prozesse den Versuch gemacht hat, den Reimer als einen „Dritten“ zu charakterisiren,

H. G. Act. Prot. p. 23 —

thatsächlich dadurch anerkannt worden, daß er sich wegen der vom Beklagten zu erhaltenden Deckung nur mit Reimer, resp. Isern in Benehmen gesetzt hat.

ibid. p. 21. 22.

2) Eine Forderung von 7000 ℛ, die Reimer persönlich ihm schuldete.

ibid. p. 6 und 13 vgl. m. 19.

Allein davon, daß die Hingabe der Wechsel den Charakter einer Zahlung auf diese letztere Schuld gehabt habe, ist überall nicht die Rede. Kläger behauptet dies gar nicht, sondern vielmehr: daß ihm die Wechsel von Reimer verkauft worden, und kommt zur Tilgung seiner Forderung nur dadurch, daß er seine pag. 5.
Schuld aus jenem Wechselkaufe mit derselben compensiren will.— Die Frage ist also nicht: Ist durch die Wechsel Zahlung auf die eine oder die andere jener beiden Forderungen geleistet worden? — sondern: Hat die Hingabe der Wechsel an Kläger den Charakter einer Zahlung, oder hat sie einen andern rechtlichen Charakter gehabt? Zahlung ist nun aber ein zweiseitiger Rechtsact und kann nur dadurch vor sich gehen, daß der Geber und der Empfänger in der Absicht, das Gegebene solle zur gänzlichen oder theilweisen Abtragung einer Forderung des Letzteren dienen, übereinstimmen:

L. 2. L. 72. pr. D. h. t. (46. 3.)
L. 6. C. de usur. (4. 32.)
L. 8. C. de distr. pignor. (8. 28.) vergl. mit
L. 3. § 1. D. de O. et A. (44. 7.) pag. 6.
L. 18. D. de B. C. (12. 1.)

Natürlich braucht diese Willensübereinstimmung keine ausdrücklich erklärte zu sein. Sie wird sich oft aus den Umständen von selbst ergeben; im vorliegenden Falle insbesondere dann ohne Weiteres als vorhanden angenommen werden müssen, wenn Isern vor oder bei Hingabe der Wechsel auf eine dem Kläger erkennbare Weise seine Absicht an den Tag gelegt hat, daß jene Wechsel als Zahlung auf die Schuld des Beklagten dienen sollten, und Kläger dieselben, ohne seinerseits eine von jener Absicht abweichende Intention auszusprechen, angenommen hat. Auf das

Digitized by Google

Beweisthema übt dies aber keinen Einfluß. Dieses muß jene Willensübereinstimmung um so nothwendiger begreifen, als ein
pag. 7. solcher Fall, wo, wegen völligen Zusammentreffens der offerirten Leistung mit dem Gegenstande der Schuld, der Gläubiger die Annahme als Zahlung, ohne sich den Folgen der Mora auszusetzen, nicht verweigern darf, gar nicht vorlag.

Es ist zwischen den Parteien streitig und bisher nicht liquide, was den eigentlichen Gegenstand der von Reimer Namens des Beklagten zu machenden Leistung gebildet habe — ob Geld oder Wechsel. Es mag aber das Eine oder das Andere der Fall gewesen sein, immer kann man schon jetzt sagen, daß das Geleistete mit dem zu Leistenden nicht naturaliter übereinstimmt, vielmehr so davon abweicht, daß die Leistung nicht sowohl die Bedeutung einer eigentlichen Zahlung als die einer Hingabe an Zahlungsstatt hatte und haben sollte. War Geld zu leisten, so
pag. 8. konnten demselben selbstverständlich nur mit Einwilligung des Klägers Wechsel substituirt werden. Allein auch wenn man annimmt, daß Wechsel zu leisten waren, und dem Handelsgerichte ferner darin beitritt, daß diese Wechsel nicht nothwendig mit der Unterschrift des Beklagten versehen zu sein brauchten, so kommt doch in Betracht, daß Wechsel nicht als fungible Sachen zu behandeln sind, vielmehr es bei ihnen wesentlich auf die Personen, Verfallzeiten u. s. w. ankannt. Nach dem Schlußzettel [3] der H. Ger. Acten resp. der vom Beklagten nirgends widersprochenen, vielmehr implicite zugegebenen Behauptung des Klägers

H. G. Act. [2] und Prot. p. 4. 9. 18. in f. 19. 21. 26. 27. cf. auch [6] p. 115. und Prot. p. 18. in f.

pag. 9. sollten für 10,000 ℛ Wechsel pro 10. März auf Faber & Schwabe geliefert werden. Dergleichen Wechsel aber sind unter den in [7] verzeichneten nicht. Die letzteren stimmen also höchstens bis zum Betrage von 5000 ℛ, nicht aber in ihrem vollen Belaufe von 9085 ℛ 7 ℊ mit dem, was Kläger zu empfangen hatte, überein. Wegen des Restes bedurfte es jedenfalls des Consenses des Klägers in die Substitution anderer Wechsel an Stelle der Faber & Schwabe'schen. Der Beweis dieses Consenses aber fällt nach Lage der Sache — da bei Hingabe der Wechsel

Digitized by Google

zwiſchen den verſchiedenen zu deckenden Beträgen nicht unterſchieden worden iſt — mit dem Beweiſe zuſammen, daß Kläger überhaupt die Wechſel als Zahlung auf die libellirte Forderung angenommen habe. Es kommt hinzu, daß der Gläubiger ſich pag. 10.
jedenfalls eine Stückzahlung nicht gefallen zu laſſen brauchte, alſo auch in dieſer Hinſicht ſein Conſens unentbehrlich war.

C. Durch die, in Gemäßheit des Grav. II. dem Beweisſatze zu gebende neue Faſſung finden die nur eventuellen Gravamina III. und IV. ihre Erledigung.

D. Gravamina V. iſt gegen die Entſcheidungsgründe des Handelsgerichts gerichtet. Könnte man an ſich auch darüber zweifelhaft ſein, ob dieſes Gericht nicht jetzt ſchon in einer der Rechtskraft fähigen Weiſe hat feſtſtellen wollen, daß es nur noch auf den Gegenbeweis ankomme, ſo hat doch das Obergericht ausgeſprochen, daß eine ſolche Entſcheidung als vorliegend nicht anzuſehen ſei, und der Beklagte hat ſich hiermit einverſtanden erklärt.

O. A. Ger. Act. [11] p. 2.

Die Beſchwerde entbehrt alſo des Gegenſtandes.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Heinrich A. Warneken zu Bremen, als Theilhaber der Firma Warneken & Kirchhoff in New-Orleans, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Richard Weber in Mannheim, Klägern jetzt Appellaten, Forderung, jetzt Einrede der Incompetenz betreffend, wird den Parteien angezeigt, daß die Voracten am 1. d. Mts. dahier eingegangen sind, auch dem Beklagten die zum Behuf der Aushändigung an den Kläger überreichte Anlage E unter Bezugnahme auf den Bescheid vom 8. v. Mts., hieneben im Original zurückgegeben, und da

1) zur Begründung eines rechtlichen Wohnsitzes nicht eine besondere zu der thatsächlichen Niederlassung hinzukommende ausdrückliche Erklärung des animus domicilii erfordert wird, es vielmehr genügt, wenn die mit der Niederlassung verknüpften äußeren Thatsachen und in Folge derselben vorgenommenen Handlungen so beschaffen sind, daß jener animus daraus mit Sicherheit zu folgern ist;

2) da nun der Beklagte seit 6 Jahren seinen regelmäßigen Aufenthalt in Bremen genommen hat, und zwar mit seiner durch Verheirathung in Bremen selbst gestifteten Familie, somit unter Gründung und Fortführung eines festen Hausstandes, da er die für daselbst domicilirte Auswärtige bestimmte Steuern entrichtet hat, da in Verbindung mit diesen Thatsachen auch der Erwerb und Besitz eines eigenen Wohnhauses, welcher für sich allein nichts entscheiden würde, unterstützend ins Gewicht fällt, da der Beklagte endlich einräumt, daß er während seines Wohnens in Bremen seine active Theilnahme an dem zu New-Orleans mit Kirchhoff etablirten Handelgeschäfte fortgesetzt habe, und wenn er auch nicht die nach Bremen selbst bestimmten Waarensendungen besorge, doch von da aus an andern Orten für sein Handlungshaus thätig gewesen sei; aus dem Zusammentreffen aller dieser Umstände aber unbedenklich mit dem Obergericht auf den Willen einer dauernden Niederlassung geschlossen werden muß;

Digitized by Google

3) Da auch die vom Beklagten angeblich in seinem Societätsvertrag mit Kirchhoff eingegangene Verpflichtung, sich auf Verlangen seines Associé jederzeit wieder nach New-Orleans zurückzugeben, mit einem wirklichen animus domicilii für Bremen sehr wohl vereinbar ist, indem zur Begründung des Wohnsitzes keineswegs erfordert wird, daß man positiv die Absicht habe, für immer an dem bestimmten Orte zu bleiben, sondern es genügt, daß man auf unbestimmte Zeit, so lange kein äußerer Anlaß zu einer Aenderung eintrete („si nihil avocet") zu bleiben entschlossen sei, jene Bedingung also für den Beklagten nur die Möglichkeit eines künftigen Anlasses in sich schließt, sein in Bremen begründetes Domicil wieder aufzugeben, noch weniger aber davon die Rede sein kann, daß die gedachte Vertragsclausel den Willen des Beklagten außerhalb New-Orleans sein Wohnsitz zu nehmen, rechtlich unmöglich mache;

arg. l. 71. §. 2. D. de condition. (35. 1.)

da es sonach einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, so erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 20. Juni d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei.

Uebrigens wird die Sache nunmehr zur weiteren Verhandlung an das Obergericht zurückverwiesen, und soll dasselbe um Insinuation dieses Erkenntnisses an den Kläger ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 18. October 1859.

(L. S.) Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Diedrich Wilhelm Huntemann Wittwe Erben, als: Johann Diedrich Brüggemann uxor. noie Anna geb. Huntemann zu Bremen und Hermann Rudolph Kramer, uxor. noie. Maria geb. Huntemann in Werlte, Königl. hannoversches Amt Söge, Kläger jetzt Appellanten, wider den Staatsanwalt zu Bremen, Beklagten jetzt Appellaten, Erhöhung der Straße „Theerhof" betreffend, wird die vom Procurator des Letzteren am 22. November v. J. allhier überreichte Substitutionsanzeige den Ersteren abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 6. September v. J., wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß den Klägern obliege, in Betreff ihrer am Theerhof Nr. 31, 38 und 33 belegenen Häuser, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, binnen Ordnungsfrist darzuthun:

daß und welcher unmittelbare Schaden aus der Erhöhung des Bodens der Straße durch eindringende Feuchtigkeit und hereinfließendes resp. stehenbleibendes Wasser, und bei Nr. 33 überdies durch Druck an die Mauer für die gedachten Häuser herbeigeführt werde;

worauf in der Hauptsache und der Kosten ersten Instanz halber weiter zu erkennen ist was Rechtens.

Digitized by Google

Die Kosten der vorigen und die der gegenwärtigen Instanz sind zu vergleichen, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

Uebrigens soll dasselbe wegen Ablebens des klägerischen Procurators um Insinuation dieses Urtheils an den Anwalt der Kläger, Dr. Johann Heinr. Friedr Meier und Einziehung der dieselben treffenden Kosten ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. November 1859.

(L S.) Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

Die Kläger verlangen mittelst ihrer bereits in der vorigen Instanz aufgestellten und der Sache nach in jetziger Instanz wiederholten Beschwerden

pag. 2. 1) daß auch in Betreff der Grundstücke Nr. 31 und 38 auf Beweis erkannt, und

2) daß dieser für sämmtliche Grundstücke aufzulegende Beweis mehr umfasse, als der von dem Obergerichte in Betreff des Grundstücks Nr. 33 festgestellte Beweissatz;

indem sie zu dem Ende Folgendes speciell geltend machen:

a. Durch den vor den Häusern Nr. 31 und 38, in einer Entfernung von 4 Fuß resp. 4 Fuß 3—6 Zoll, welche als Trottoir mit Quadersteinen belegt seien, in einer Höhe von 3 Fuß 9 Zoll resp. 4 Fuß 1½ Zoll aufgeführten Straßendamme, werde die ihnen zustehende freie Benutzung der Straße beeinträchtigt, insbesondere sei der Werth ihrer Häuser dadurch vermindert, daß Güter und Geschäftsgegenstände von dem Straßen-

Digitized by Google

damme nicht mehr ins Haus geführt werden könnten und die pag. 3.
Kunden bei dem erschwerten Zugang sich verlieren möchten. --
Allein alles dieses fällt unter den Begriff einer Beeinträchtigung
der Substanz des klägerischen Eigenthums nicht. Die Kläger
haben den Ausgang auf die Straße nach wie vor aus ihrer
Hausthür. Das an diese grenzende Trottoir ist ganz in dem
alten Niveau geblieben. Die Erschwerung beginnt erst, wenn
sie von dem Trottoir auf den Fahrdamm gelangen wollen,
was sie nicht unmittelbar vor ihrer Hausthür, sondern erst in
größerer oder geringerer Entfernung von dieser bewirken können.
Es handelt sich also um eine Veränderung, welche der Staat
auf seinem Grund und Boden und ohne das Eigenthum der
Kläger zu berühren oder irgendwie körperlich auf dasselbe ein-
zuwirken, vorgenommen hat. Hiegegen können die Kläger nicht
auf Grund ihres Eigenthums Widerspruch erheben. Es bedurfte pag. 4.
hiezu vielmehr, da das interdictum ne quid in loco publico
wegen der vorliegenden Einwilligung der höchsten Staatsgewalt
hinweggefallen ist, eines besonderen servitutartigen Rechtes.
Das Vorhandensein eines solchen ist aber von den Klägern
nicht behauptet, indem sie die ihnen bequemere Benutzungsweise
der Straße nicht auf einen besonderen Titel, sondern auf das
Recht Aller am locus publicus gegründet haben.

b. Die fernere Aufstellung, durch Erhöhung des Straßen-
dammes werde bei dessen Befahren ein erhöhter Druck wider
ihre Häuser ausgeübt, gehört zunächst zu denjenigen Vorkommen-
heiten, über welche sich ein Anlieger in abstracto nicht beschweren
darf. Vermehrtes Fahren, besonders mit Lastwagen, ist leicht
gebauten Häusern unzuträglich und baufällige können dadurch pag. 5.
sogar zum Einsturz gebracht werden. Wenn nun in Folge der
Herstellung eines guten Weges der Verkehr nach einem gewissen
Theile einer Stadt in erhöhtem Maaße sich hinzieht, so haben
die Anlieger um deswillen nicht das Recht, auf Herstellung des
alten mangelhaften Zustandes zu dringen. Ebensowenig aber
konnte in concreto die Behauptung Berücksichtigung finden, die
Erhöhung des Straßendammes drücke an sich stärker gegen die
in der Vertiefung liegenden Trottoirs, und erschüttere mithin

mittelbar die anliegenden Häuser in einem erhöhten Grade. Denn diese Behauptung ist nicht in der Maaße substantiirt, um dem Richter ausreichenden Anhalt zu einer Beweisauflage zu gewähren. — Wenn endlich die Seitenmauern des Straßendammes
pag. 6. mangelhaft construirt und dadurch ein Schaden entstanden wäre oder bevorstände, so würde es zweifellos sein, daß dem Anlieger die Rechtshülfe gegen den Staat zu gestatten sei. Eine dahin gehende Behauptung liegt aber nicht vor.

c. Bei dem früheren Zustande der Straße sei es möglich gewesen, daß bei Hochwasser die Fluthen der kleinen Weser durch das Haus gelaufen wären, und sich mit denen der großen Weser hätten verbinden können, während jetzt das Wasser durch den Damm aufgehalten werde, zurückzufließen genöthigt sei und hiedurch den Grundstücken eine vermehrte Feuchtigkeit zuführe. Da nämlich — wie von dem Beklagten eingeräumt wird,

[12.] S. 2. 11. der Oberger.-Acten.

pag. 7. die kleine Weser bisweilen ein von der großen Weser verschiedenes, insbesondere auch ein höheres Niveau hat — eine Behauptung, welche von den Klägern wenigstens implicite aufgestellt worden ist,

[8.] S. 6. der Oberger.-Acten

so werde hiedurch in Verbindung mit der Erhöhung des Straßendammes bewirkt, daß das Weserwasser höher steige, stärker auf die Mauer stehen bleibe. Ob nach dieser dreifachen Richtung hin in Folge der Erhöhung des Straßendammes auf die Grundstücke der Kläger eingewirkt wird, ob und welcher Schaden für dieselben dadurch entsteht, sind Umstände, welche einer Aufklärung durch Sachverständige bedürfen, und hierorts zur Zeit nicht beurtheilt werden können. Sollte aber ein Schaden sich nach-
pag. 8. weisen lassen, so müßte die Entschädigungspflicht des Staates anerkannt werden. Zwar ist es richtig, daß derselbe, indem er durch die Erhöhung des Fahrweges die Straße gegen ein überfluthendes Weserwasser schützt, nur von seinem Rechte Gebrauch macht. Ist aber die Vorrichtung von der Art, daß dadurch das in die anliegenden Grundstücke bereits eingedrungene Weserwasser gezwungen wird, über dieselben zurückzufließen, so müßte

Digitized by Google

angenommen werden, daß darin eine Immission resp. eine Behinderung der Exmission enthalten sei, welche entschädigungspflichtig macht.

arg. l. 1. § 17. D. de aqua pluv. 39. 3.

d. Führt nun das vorstehende Ergebniß zu einer Beweisauflage in Betreff der Häuser Nr. 31 und 38, so versteht es sich von selbst, daß das Gleiche in Betreff des Hauses Nr. 33 eintreten muß, indem die Sachverständigen bei dieser Wohnung pag. 9.
überdies den Umstand ins Auge zu fassen haben werden, daß durch das Aufführen des Fahrdammes unmittelbar an der Mauer des Hauses dieser Punkt in einer etwas modificirten Gestalt erscheint, und es daneben ihrer Beurtheilung anheim gegeben werden muß, ob und in wie fern es möglich sei, jene Uebelstände durch Abrücken des Straßendammes von der Mauer zu beseitigen.

e. Anlangend endlich die in Folge von Regengüssen und Schneefällen herbeigeführte Vermehrung der Feuchtigkeit, so haben die Kläger in Betreff der Häuser Nr. 31 und 38 gegen die bei Anlegung des Straßendammes gemachten Abzugskanäle an sich und für gewöhnliche Fälle nichts einzuwenden gehabt. Sie halten dieselben nur nicht für ausreichend, um mit der pag. 10.
gleichen Schnelligkeit, wie bei dem früheren Zustand der Straße, das Wasser in ungewöhnlichen Fällen abzuführen. Wie bedenklich es nun auch immer erscheinen mag anzunehmen, es sei ungeachtet der Entfernung des Fahrweges von den Häusern und den Abzugskanälen möglich, daß durch Gewitterregen und das Schmelzen des Schnee's eine Vermehrung der Feuchtigkeit herbeigeführt werde, welche den Werth der Häuser zu vermindern im Stande wäre, so läßt sich gleichwohl nicht verkennen, daß solches denkbar sei. Da nun eine darauf gerichtete Behauptung mit hinlänglicher Bestimmtheit aufgestellt worden ist, so muß auch dieser Punkt zum Beweise verstellt und abgewartet werden, inwiefern derselbe durch Sachverständige erbracht werden kann.

f. Anders gestaltet sich der Punkt unter e. bei dem Gebäude pag. 11.
Nr. 33, wo der Fahrdamm unmittelbar an den Sockel von dessen Grundmauer gelegt ist. In Betreff dieser Wohnung hat das Obergericht unter Nr. 1 des angefochtenen Erkenntnisses

Digitized by Google

bereits Beweis auferlegt, und die Kläger haben sich mittelst ihrer ersten Beschwerde in der Revisions- und mittelst ihrer vierten in gegenwärtiger Instanz über dessen Fassung beschwert. Von diesen Beschwerden konnte zwar nicht der principale Antrag, wohl aber mußte die eventuelle Bitte Berücksichtigung finden. Das Obergericht hat sich nämlich in der Fassung des Beweissatzes nicht streng an die in der Sache Bley wider Staatsanwalt von dem Oberappellationsgerichte gewählte Fassung an-
pag. 12. geschlossen, sondern die Worte, „und hereinfließendes Wasser" hinweggelassen, indem es nur den Druck an die Mauer und das Eindringen der Feuchtigkeit alternativ zum Beweise verstellt, so daß an der Stelle von drei Punkten: Druck, Feuchtigkeit, Wassereinfließen, nur zwei hervorgehoben sind. Nun ist aber in der gedachten Sache das Hereinfließen des Wassers ausdrücklich und zwar um deswillen in den Beweissatz aufgenommen worden, weil man die Fälle berücksichtigen wollte, welche gegenwärtig besonders geltend gemacht werden, nämlich Regengüsse und Schneefälle; indem es ohne Weiteres klar ist, daß bei deren Eintreten ein Haus, dessen Thür nicht über dem Niveau der Straße liegt, oder in welches man wohl gar noch mehrere Stufen herabzusteigen hat, jenem Hineinfließen in einem erhöhten Grade ausgesetzt ist. Da nun dieses Alles bei dem
pag. 13. Grundstück Nr. 33 zutrifft, so mußte der Beweissatz nach dieser Richtung hin abgeändert werden, und versteht es sich von selbst, daß für den Fall des Zurückverlegens des Straßendammes der Punkt unter e, auch hier eventuell in Betracht zu ziehen ist.

g. Die sonst von den Klägern für Nr. 33 hervorgehobenen Punkte: der Umstand, daß man gegenwärtig drei Stufen in das Haus hinabsteigen müsse, daß die Fenster jetzt zu ebener Erde lägen, wodurch das Licht im Hause wesentlich beeinträchtigt sei, kommen in Beihalt der in der Sache Bley wider Staatsanwalt ersichtlichen Ausführungen nicht in Betracht.

h. Dagegen dürfte der unmittelbare Schaden, welcher aus der Erhöhung der Straße entstanden sei, bei keinem der drei
pag. 14. Gebäude allgemein zum Beweise verstellt werden, da sich bei der Unbestimmtheit des Begriffes „unmittelbarer Schaden" die

Digitized by Google

speciellen Momente, durch welche derselbe in concreto herbeigeführt sein soll, in dem Beweissatz überall nicht entbehren lassen.

i. Schließlich ist in Betreff der gesammten den Klägern nachgelassenen Beweisführung darauf hinzuweisen, daß bei der endlichen Beurtheilung ihres Ergebnisses wesentlich in Betracht zu ziehen sein wird, inwiefern eine Ausgleichung der geltend gemachten Nachtheile, durch die Vortheile, welche durch die Straßenerhöhung den in Rede stehenden Grundstücken erwachsen, stattgehabt habe, indem, wie in der Sache Bley c. Staatsanwalt hervorgehoben ist, die Kläger nur berechtigt sind, den wahren Minderwerth von ihrem Gegner zu fordern.

k. Nach dem vorstehenden Resultate konnte es auch bei der Verurtheilung der Kläger in die Hälfte der Kosten erster Instanz nicht belassen werden, vielmehr war, in Beihalt der zweiten Beschwerde der Revisions- und der ersten und zweiten jetziger Instanz, das Erkenntniß über diese Kosten bis zum Endurtheil auszusetzen. pag. 15.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellationssachen Johann Heinrich Georg Christian Vahland zu Vegesack, Beklagten, jetzt Appellanten, wider Johann Heinrich Rehling daselbst, Klägern jetzt Appellaten, Forderung aus einem Kaufcontract, jetzt geführten Beweis betreffend, wird die von dem Ersteren anher übergebene Legitimationsanzeige nebst Vollmacht dem Letzteren hieneben abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 21. Juni 1858 ergriffenen Appellation für gewahrt zu achten, dieselbe aber als nicht anher erwachsen, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen sei;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. Februar 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

Die vom Beklagten ergriffene Appellation ist

pag. 2. I) vom Kläger mit Unrecht als desert angefochten worden. Denn da durch die Brem. Verordnung vom 29. August 1831 bei Publication der definitiven Oberappellations-Gerichtsordnung, mit Bezug auf § 104 derselben, ausdrücklich bestimmt worden ist, daß der Lauf der am Oberappellations-Gericht zu beobachtenden Fristen während der Gerichtsferien gänzlich gehemmt werde, und damit die bloß auf Erstreckung der Fristen bis zum 8. September gerichtete Vorschrift des § 102 für Bremen unanwendbar geworden ist, so lief in der vorliegenden Sache die Einführungsfrist erst am 26. September 1858 ab, während der Appellationslibell bereits am 18. September eingereicht worden ist. Dagegen mußte das Rechtsmittel

pag. 3. II) wegen mangelnder Appellationssumme verworfen werden. Es konnte nämlich bei der Frage, ob die Sache anher erwachsen sei, nicht etwa auf die im ersten Verfahren am Schluß der Replikschrift versuchte Klagerweiterung Rücksicht genommen werden; denn wollte man selbst davon ausgehen, daß der Kläger seiner Zeit noch darauf zurückzukommen befugt wäre, so hat dieselbe doch überall keinen Gegenstand des bisherigen Beweisverfahrens gebildet, um dessen Ergebniß es sich jetzt allein handelt, und am wenigsten würde sich behaupten lassen, daß die jetzigen Beschwerden des Beklagten auf Abwendung des in der Klagerweiterung aufgestellten Anspruches gerichtet wären.

pag. 3. Vielmehr ist der Streit der Parteien über die Höhe des Kaufpreises als alleiniger Gegenstand der Beschwerden anzusehen, und danach war die Appellation der Sache zu verneinen.

1) Wenn der Beklagte geltend macht, es handle sich um ein Object von unbestimmtem Werthe, weil die fragliche Differenz von dem stets veränderlichen Coursverhältniß zwischen Gold- und Courantwährung abhänge, so ist das (auch abgesehen

Digitized by Google

davon, daß der Cours für den größten Theil der Kaufsumme bereits fest steht) unrichtig. Es lassen sich verschiedene Ansichten darüber denken, ob der Cours eines bestimmten Tages, z. B. des Tages der Publication des angefochtenen Erkenntnisses resp. der Appellationseinwendung, oder ein Durchschnitt der verschiedenen Course eines bestimmten Zeitraums bei Berechnung pag. 5.
der Appellationssumme zu Grunde zu legen sei. Immer aber ist die Differenz von der Beschaffenheit, daß sie sich zu einem ganz bestimmten Geldwerth schätzen läßt, und dieß muß nach § 607 sub a, vergl. mit § 8 sub a und b der Brem. Gerichtsordnung genügen, um das Erforderniß der Appellationssumme für anwendbar zu halten.

2) Andererseits würde die Appellabilität der Sache, wenn sie bei Einwendung der Appellation vorhanden gewesen wäre, nicht dadurch für beseitigt gelten können, daß der Kläger im Termin vom 28. Juni 1858 und wiederholt in der Vernehmlassung jetziger Instanz erklärt hat, auf den etwaigen Mehrbetrag seiner Forderung über die von ihm berechnete Summe von 299 ℛ 48 ß Gold verzichten zu wollen. Das Oberappellations- pag. 6.
Gericht hat vor Kurzem in der Brem. Sache

Boës c. Meyer, Juni 1859

ausgesprochen, daß die Appellabilität einer Sache durch eine nach Einführung der Appellation vom Appellaten erklärte Herabsetzung des Streitgegenstandes nicht aufgehoben werde, weil das einmal begründete Recht des Appellanten durch eine solche willkürliche Disposition seines Gegners nicht beinträchtigt werden könne. Nun kann es dahin gestellt bleiben, ob hiebei nicht schon der Moment der Publication des beschwerlichen Erkenntnisses als der entscheidende anzusehen sein würde; denn jedenfalls ist pag. 7.
der angeführte Grund für den Fall eines nach eingewandtem Rechtsmittel erklärten Verzichtes jener Art — welcher Fall hier vorliegt — in ganz gleichem Maaße anwendbar, da der Appellant, indem er durch die Einwendung bereits thatsächlich von seiner Appellationsbefugniß Gebrauch macht, damit in Verhältniß zu seinem Gegner ein wohlerworbenes Recht für sich begründet. Es kann daher

Digitized by Google

3) nur darauf ankommen, wie groß die bestrittene Forderung des Klägers zur Zeit der Apellations-Einwendung war. Schließt man dabei eine Berücksichtigung der Zinsen aus, so stellt sich die Appellationssumme als nicht erreicht dar. Der
pag. 8. Kläger hat nämlich mit Recht geltend gemacht, daß in Ansehung derjenigen 2850 ℛ℔, welche in dem verkauften Grundstück auf Handfeste und zu 4 pCt. verzinslich stehen bleiben sollten, eine Coursschwankung nicht mehr in Betracht komme, da die Parteien bei der am 22. December 1857 erfolgten Tilgung dieser Summe übereingekommen sind, das Verhältniß von Gold zu Courant zu 109½ pCt. anzunehmen, worüber der Beklagte das betreffende Document in [41] selbst producirt hat. Danach besteht die Differenz bei diesem größten Theil des Kaufpreises in der festen Summe von 247 ℛ℔ 18¾ ß Gold. Zur Erfüllung der Appellationssumme gehören also noch 52 ℛ℔ 54 ß Gold und so hoch müßte sich die Differenz der Gold- und Courantwährung bei dem noch übrigen Theil des Kaufpreises, der bei und nach der
pag. 9. Lassung zu bezahlen gewesenen 500 ℛ℔ belaufen; denn daß hiervon, wie Kläger meint, nur die zuletzt fällig gewesenen 200 ℛ℔ in Betracht zu ziehen seien, bedarf keiner Widerlegung. Jene Differenz beträgt aber bei einem Cours von 109½ nur 43 ℛ℔ 26¼ ß, bei einem Cours von 110 nur 45 ℛ℔ 33 ß, bei einem Cours von 111 nur 49 ℛ℔ 39½ ß Gold und erst bei einem Cours von 112 würde sie die gedachte Summe von 52 ℛ℔ 59 ß um etwas übersteigen. Nun hat der Beklagte in [40] den mittleren Cours selbst zu 110 angegeben, wie denn auch ein bedeutendes Steigen desselben über diesen Stand in dem Jahre 1858 nicht anzunehmen steht:

Vergl. Noback Münz-, Maaß- und Gewichtsbuch. Leipzig 1858. Seite 831.

pag. 10. es würde daher von seiner Seite der Nachweisung bedurft haben, daß der Cours zu der in Betracht kommenden Zeit, sei es am Tage der Sententia a qua resp. der Appellations-Einwendung oder doch durchschnittlich in einem ihr vorangehenden Zeitraume, die Höhe von 111—112 erreicht habe; es ist jedoch nicht einmal eine dahin gehende Behauptung von ihm aufgestellt

Digitized by Google

worden, so daß die Möglichkeit eines so hohen Courses nicht berücksichtigt werden kann.

Nähme man dagegen zugleich auf die Zinsen Rücksicht, welche dem Kläger von den erwähnten 2850 ℛ für die Zeit vom 19. September 1856 bis zum 22. December 1857 zukamen, im Betrage von 143 ℛ 32 ℊ, und berechnete auch hievon die Differenz zwischen Gold- und Courantwährung, so würde durch Hinzurechnung dieser Differenz, — welche sich schon bei einem pag. 11.
Cours von 109½ auf 12 ℛ 25 ℊ Gold beläuft — der obige Fehlbetrag an der Appellationssumme unzweifelhaft ergänzt werden. Die Entscheidung hängt daher

4) von der Frage ab, ob die Zinsen mit in Anschlag gebracht werden dürfen. Die Brem. Gerichtsordnung § 607 sub a. vergl. mit § 9 bestätigt die schon aus den Reichsgesetzen entnommene Bestimmung, daß Zinsen bei Berechnung der Apellationssumme ausgeschlossen seien. Trotz dieser unbeschränkt aufgestellten Regel erhebt sich freilich der Zweifel, ob darunter auch versprochene Zinsen, oder nicht bloß Verzugs- und Proceßzinsen zu verstehen seien, zumal da § 9 die Zinsen unter pag. 12.
die Kategorie der Nebenforderungen stellt. So Manches sich indessen theoretisch für diese, auch von einzelnen neueren Processualisten.

cf. Martin Vorles. I. S. 182

vertretene beschränkende Auslegung sagen läßt, so ist doch nicht nur gemeinrechtlich die Ansicht, daß die Appellationssumme bei unzureichendem Capitalbetrag durch gleichzeitig geforderte Vertragszinsen nicht erfüllt werde, — wenn auch zum Theil lediglich auf die nicht zu billigende Annahme gestützt, daß keine Zusammenrechnung mehrerer Streitpunkte stattfinde — die herrschende geblieben,

vgl. Pfeiffer pract. Ausf. Bd. 6. S. 405—413.
Bayer Vortr. ed. 7. S. 621.
Linde Handbuch I. § 88. S. 321.
Schmid Handbuch III. S. 379. 381. not. 25. pag. 13.

Digitized by Google

sondern auch das Oberappellations-Gericht hat sich derselben bereits in einer Lübecker Sache,

Bohn ca. Rödger — April 1832,

unter Mitberücksichtigung der obigen Stellen der Brem. Gerichtsordnung angeschlossen; und konnte bei einer theoretisch so zweifelhaften processuatischen Frage keine genügende Veranlassung gefunden werden, von der einmal angenommenen Meinung wieder abzugehen.

Es kommt sonach nicht auf die weitere Frage an, ob die Zinsen im vorliegenden Falle deshalb außer Anschlag bleiben müßten, weil sie im jetzigen Processe noch nicht mit eingeklagt sind.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Friedrich Wilhelm Hohlt in Bremen, Beklagten jetzt Appellanten, wider seine Ehefrau Mathilde, geb. Garlichs daselbst, Klägerin jetzt Appellatin, Trennung von Tisch und Bett u. w. d. a. betreffend, wird die von dem Beklagten am 17. Januar d. J. überreichte Legitimationsanzeige der Klägerin abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Oberappellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber die beiden Erkenntnisse des Obergerichts der freien Hansestadt vom 3. Januar v. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen seien,

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. April 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hat sich mittelst seiner ersten Beschwerde in gegenwärtiger und voriger Instanz

[26] der O. Ger. Act.

[1] S. 17 der O. A. Ger. Act.

pag. 2. über die erkannte dreijährige Trennung von Tisch und Bett seiner Ehefrau beschwert. Diese Beschwerde konnte jedoch für begründet nicht erkannt werden. Anlangend zunächst die Rechtsfrage, so bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß eine fortgesetzte schlechte Behandlung der Ehefrau verbunden mit Saevitien nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts die Trennung einer Ehe von Tisch und Bett während einer bestimmten Zeit zur rechtlichen Folge haben könne, und es fragt sich daher nur, ob Dasjenige, was hierüber in den Acten bereits erwiesen vorliegt, für geeignet erachtet werden muß, eine derartige Trennung auf drei Jahre auszusprechen. Auszugehen ist hierbei von den in dem Protocolle vom 12. Mai 1858

Prot. der O. Ger. Act. S. 6—12.

pag. 3. enthaltenen Geständnissen des Beklagten und kann davon durch den Umstand, daß er in

[1] der O. A. Ger. Act.

einen Theil derselben mit Stillschweigen übergangen hat, und die letzte Scene, welche die Entfernung der Frau aus dem Hause zur Folge hatte, in einem andern Lichte darzustellen sucht, überall nichts abgeändert werden. Nun steht aber durch die Angaben des Beklagten Folgendes fest:

1) daß im Jahre 1857, als das Project, der Frau in Ebstorf einen Unterhalt zu verschaffen hervorgetreten war, aufregende Scenen vorgekommen sind, und der Beklagte bei dieser Gelegenheit seine Frau „einen Satan“ genannt hat, während er der Ausdrücke „gemeines, niederträchtiges Weib“ die er zunächst

Digitized by Google

in Abrede stellt, sich nicht weiter erinnern will. Nicht minder ist der Beklagte

2) geständig, Ende October 1857 in der Aufregung über pag. 4.
die mit dem Amtmann Fischer gehabten Unterhandlungen ausgespieen zu haben, um seine tiefe Verachtung gegen seine Frau auszudrücken, und nimmt nicht in Abrede, daß derselben hiervon etwas in das Gesicht gekommen sein könne. Sodann hat der Beklagte

3) zugestehen müssen, daß im Februar 1858 abermals eine aufregende Scene vorgefallen sei, er seine Frau dabei bedroht habe, diese sich entfernt, er ihr nachgegangen und die Frau sodann herunter gelaufen sei — sich also auf diese Weise seinen Verfolgungen entzogen hat. Endlich ist

4) der Beklagte geständig, am Morgen des 5. April 1858 seine Frau angefaßt, sie „Rabenmutter" geschimpft und ihr in's Gesicht gespieen zu haben, sodann aber, daß dieselbe bei Ge- pag. 5.
legenheit des in Folge dessen entstandenen Handgemenges auf das Bett gesetzt worden sei, und hat nicht anzugeben vermocht, auf welche andere Weise die wenige Tage darauf von dem Dr. Krummacher an der Hüfte der Frau wahrgenommene, in

[12] der O. Ger. Act.

näher beschriebene nicht unbedeutende Sugillation entstanden sei. Es hat also eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß die in Rede stehende Verletzung der Frau durch den Mann zugefügt worden ist.

Eine derartige längere Zeit hindurch fortgesetzte Behandlung der Ehefrau von Seiten ihres Mannes muß aber, zumal wenn die Parteien den gebildeten Ständen angehören, für wohlgeeignet erachtet werden, um auf Grund derselben eine zeitige und zwar, pag. 6.
wie, der Ausführungen in der Revisions-Instanz

[26] S. 6 der O. Ger. Act.

ungeachtet, angenommen werden muß, dreijährige Trennung von Tisch und Bett zu erkennen. Es fragt sich daher nur, ob nicht Gründe vorhanden sind, welche dem Beklagten zur Entschuldigung gereichen, und die aus jener Behandlung für die Frau erwachsenen Rechte zu beseitigen im Stande sind. Er selbst hat

Digitized by Google

zu dem Ende wiederholt geltend gemacht, daß seine Frau durch ihr Betragen nach Ausbruch seines Fallissements, und insbesondere durch die von ihr ausgesprochene Absicht, sich mit den Kindern von ihm zu entfernen, seine Leidenschaften gereizt, und die oben erwähnten Scenen herbeigeführt habe. Allein seine
pag. 7. Angaben sind in dieser Beziehung nicht ausreichend. Zwar mag es keinesweges verkannt werden, daß die Lage des Beklagten nach stattgehabtem Fallissement eine drückende war: nicht minder, daß, wenn er unverschuldet in dieselbe gebracht, und von seinen Angehörigen seiner Meinung nach nicht ausreichend unterstützt sein sollte, die daraus für die Fortführung seines Hausstandes hervorgehenden Verlegenheiten seine Stimmung zu trüben im Stande waren; endlich, daß die Frau, wenn sie den Gedanken der Ehe, einer Gemeinschaft in Freud und Leid, richtig erfaßte, jene Stimmung zu bessern und ihren Mann aufzurichten verpflichtet war. Allein selbst dann, wenn sie nach dieser Richtung hin ihre Pflichten verabsäumt haben sollte, und wenn sie sich nicht veranlaßt gefunden hätte, ihre Lebensbedürfnisse mit der
pag. 8. veränderten Lage des Mannes in Einklang zu bringen, so würde doch das Eine wie das Andere, da eheliche Gesinnung sich nicht erzwingen läßt, dem Manne nur das Recht gegeben haben, diejenigen Anordnungen zu treffen, welche die veränderte Vermögenslage nothwendig machte. Wenn er statt dessen zu leidenschaftlichen Ergüssen sich hinreissen ließ, zu Schimpfreden und gröberen Unsittlichkeiten geschritten ist, so vermag ihm das Betragen seiner Frau nicht zur Entschuldigung zu gereichen. Ebenso wenig liegt ein Entschuldigungsgrund in der Absicht der Frau, sich abgesondert von dem Manne eine selbstständige Subsistenz zu verschaffen. Er selbst hat nicht in Abrede stellen können, daß er kein regelmäßiges Geschäft mehr habe; seine Angaben über Das, was er erwerbe, sind völlig unbestimmt, sein Zugeständniß aber, daß er in den letzten zwanzig Monaten einen
pag. 9. beträchtlichen Theil vom Eingebrachten seiner Frau in der Haushaltung habe consumiren lassen, weisen darauf hin, daß die Frau in die Nothwendigkeit versetzt war, selbstständig für ihr Fortkommen zu sorgen. In welcher Weise dieses hätte geschehen

Digitized by Google

können, wenn sie mit ihrem Manne zusammen blieb, hat dieser in einer genügenden Weise nicht zu substantiiren vermogt. Der Plan der Frau, abgesondert von dem Manne ihr Fortkommen zu suchen, ist daher überall kein Grund, diesen zu einer Scene zu veranlassen, wie solche am 5. April 1858 von ihm herbeigeführt worden ist. Insbesondere verdient die Frau, wenn sie sich nach der gänzlich entwürdigenden Behandlung, die ihr von dem Manne zu Theil geworden war, zu Thätlichkeiten veranlaßt gesehen haben sollte, Entschuldigung, und gab dieses Letztere dem pag. 10.
Manne keineswegs die Berechtigung, sie in einer Weise, welche eine Körperverletzung allem Anscheine nach zu Folge gehabt hat, auf das Bett zu setzen.

Dem Vorstehenden zufolge bedarf es eines Eingehens auf den von der Klägerin in jetziger Instanz vorgebrachten weiteren aus der Vermögenslosigkeit des Beklagten entnommenen Grund

[10] S. 11. 12 der O. A. Ger. Act.

nicht; und der eventuell auf Scheidung gerichtete Antrag des Beklagten zu dieser Beschwerde

[1] S. 24 der O. A. Ger. Act.

fällt hiernach von selbst.

Mittelst seiner zweiten Beschwerde in voriger und jetziger Instanz.

[1] der O. A. Ger. Act. S. 18.

verlangt der Beklagte, daß ihm seine Kinder, deren Erziehung pag. 11.
er selbst des Weiteren wahrnehmen will, zurückgegeben werden. Nun ist es zwar ein bekannter Rechtssatz, daß der Vater vermöge seiner väterlichen Gewalt für die Erziehung seiner Kinder zu sorgen so berechtigt wie verpflichtet ist. Sobald aber das Alter der Kinder oder ihr Geschlecht oder Beides es in einem hohen Grade wahrscheinlich machen, daß der Vater nicht in der Lage sein werde, den Kindern die Pflege angedeihen zu lassen, deren sie nothwendig bedürfen, wird eine Ausnahme zuzulassen sein. Dieser Gesichtspunct führt jedoch nur bei dem jüngsten Kinde dahin, die Erziehung der Mutter zu überlassen Allein auch bei den älteren Kindern war ein Gleiches zu erkennen.

Digitized by Google

pag. 12. Zwar ist die Behauptung der Klägerin, die Kinder würden bei dem Vater in einer Weise behandelt, daß ihre Gesundheit Gefahr laufe,

[6] S. 8. 9. der O. Ger. Act.

nicht in ausreichende rechtliche Gewißheit gesetzt, da ein desfallsiges Geständniß des Beklagten nicht vorliegt, derselbe vielmehr nur eingeräumt hat,

Prot. S. 11.

die Kinder da, wo er Grund dazu hatte, gezüchtigt zu haben, was ihm als Vater zusteht. Andererseits ist die Aufstellung des Beklagten,

z. B. [1] S. 20. der O. A. Ger. Act.

die Kinder würden bei der Mutter in Haß gegen ihn erzogen, so wenig substanciirt, wie die entgegengesetzte der Mutter.

[6] S. 8. der O. Ger. Act.

pag. 13. Entscheidend ist hier Folgendes. Zunächst der Umstand, daß es dem Vater nach Inhalt der Acten

Vergl. besonders [54] der O. Ger. Act.

zur Zeit an denjenigen Mitteln fehlt, ohne welche die Erziehung der Kinder nicht genügend beschafft werden kann, und vermag hierin die Offerte desselben im Termine vom 28. Februar 1859

Prot. S. 25. 26.

nichts zu ändern. Sodann kommt in Betracht, daß die Klägerin noch einige Mittel besitzt, überdies aber die Kinder sich in einem Alter befinden, wo es einer Mutter leichter wird, dieselben fortzubringen, als einem bejahrten Vater. Außerdem war bei dem eventuellen Antrage in Erwägung zu ziehen, daß es nicht ersprießlich erscheint, wenn Geschwister in so frühem Alter von einander getrennt werden. Endlich im Allgemeinen theils das Temperament des Vaters, welches ihn für Kindererziehung
pag. 14. weniger geeignet erscheinen läßt, theils der Umstand, daß er bei der zeitigen Trennung als der schuldige Theil erscheint. Denn wenngleich kein Rechtssatz existirt, daß, wenn wegen Verschuldens des Mannes eine Ehe zeitweilig getrennt wird, die Kinder

Digitized by Google

nothwendig der Frau als dem unschuldigen Theile zur Erziehung überlassen werden müssen, so ist gleichwohl bei dem Zusammentreffen sonstiger Momente, welche dafür sprechen, die Erziehung der Kinder dem unschuldigen Theile zu überlassen, auch dieser Umstand als maaßgebend zu betrachten. Mußte also das vorige Urtheil auch in diesem Puncte bestätigt werden, so versteht es sich gleichwohl von selbst, daß sobald der Beklagte im Stande ist, nachzuweisen, er befinde sich nunmehr in einer Lage, welche ihn in den Stand setze, für die Erziehung der Kinder ausreichend zu sorgen, es ihm freisteht, desfalls erneute Anträge auf Zurück- pag. 15.
gabe der Kinder zu stellen.

Die dritte Beschwerde des Beklagten über den ihm auferlegten Kostenvorschuß von 100 Rg stellt sich, da die Verpflichtung des Beklagten, in einem Verfahren der vorliegenden Art der Klägerin die Kosten vorzuschießen, rechtlich außer Zweifel ist, der Betrag aber sich in Beihalt von

[16.] [29.] S. 1. 2. [38.] S. 2 [39.]

und der seitdem erfolgten Verhandlungen überall nicht als zu hoch gegriffen dargestellt; als völlig verwerflich heraus.

In gleicher Weise mußte die vierte Beschwerde des Beklagten darüber, daß ihm ein jährlich mit 360 Rg seit dem 5. April 1858 vierteljährlich praenumerando mit 90 Rg zu berichtigendes Alimentenquantum angesonnen sei, bezeichnet werden. Denn es liegt klar zu Tage, daß eine Person von dem Stande der Klägerin mit 4 Kindern von 13 bis zu 6 Jahren herab pag. 16.
eine derartige Summe, selbst wenn man die Zinsen von den ihr übrig gebliebenen 1000 Rg hinzurechnet, vollständig gebraucht. Der Beklagte hat aber als Familienvater die Pflicht, sich einem Geschäfte bleibend zu widmen, und so dafür zu sorgen, daß den Seinigen der standesmäßige Unterhalt zu Theil wird. Auch befindet er sich noch nicht in dem Alter oder in der physischen Schwäche, daß ihm daraus eine Entschuldigung erwachsen könnte. Von dieser Verpflichtung vermag ihn der in andern Fällen der Alimentationsverbindlichkeit bedeutsame Umstand, daß er vermögenslos ist, nicht zu befreien; seine rechtliche Verpflichtung ist anzuerkennen, und die Vermögenslosigkeit kommt nur

Digitized by Google

factisch bei der Hülfsvollstreckung in Betracht. Daß endlich die
pag. 17. Klägerin bemüht ist, sich ihren Unterhalt selbstständig zu verschaffen, daß sie Verwandte hat, welche sie unterstützen können, resp. versprochen haben sollen, dies zu thun, ist für die rechtliche Verpflichtung des Beklagten bedeutungslos, da er nicht zu behaupten vermocht hat, daß ihm hiedurch die Versorgungspflicht thatsächlich abgenommen sei.

Daß schließlich die zur vierten Beschwerde ausgesprochene Bitte, die Beschlagnahme des Geldes bei der Bank aufzuheben, nicht zu berücksichtigen sei, versteht sich von selbst.

Die mit der fünften Beschwerde von dem Beklagten gerügte Versagung des Suspensiveffectes mußte

a) so viel das Erkenntniß vom 31. Mai 1858 anbelangt,
pag. 17. dessen Entscheidung in Betreff der Betten und Kleidungsstücke durch Bescheid vom 4. August [29] der Oberappellations-Gerichtsacten — der Suspensiveffect versagt ist, formell deshalb, weil dagegen kein Rechtsmittel eingewandt, und materiell nach § 494 der Gerichtsordn. verb. „Alimente“ verworfen werden. Anlangend aber

b) das Decret vom 18. October 1858 — [35] — welches den Suspensiveffect in Betreff des Erkenntnisses vom 27. Sept. abschneidet, so kann es dahingestellt bleiben, ob in [36] über dieses Decret Beschwerde geführt ward, mithin die gegenwärtige Beschwerde schon formell unzulässig ist; denn jedenfalls war dieselbe materiell auf Grund des in gedachtem Decret angeführten
pag. 19. § 494a der Gerichtsordnung zu verwerfen.

Wollte man endlich die Beschwerde voriger Instanz und die fünfte jetziger Instanz so auffassen, es habe vor rechtskräftiger Entscheidung über das Erkenntniß vom 31. Mai überall nicht weiter procedirt werden dürfen, so steht dem theils die Beruhigung des Beklagten bei dem betreffenden Vorbehalt in jenem Erkenntnisse, theils die ganze auf [15] der Obergerichtsacte folgende Verhandlung entgegen.

Von Schadensersatz wegen Pfändung, wie die Bitte zur fünften und sechsten Beschwerde will, kann daher überall nicht die Rede sein.

Digitized by Google

Die ſechste Beſchwerde des Beklagten iſt darauf gerichtet, daß man einen Antrag geſtellt habe, um (hier fehlt wohl: den Beklagten zu veranlaſſen) ſich auf die Herausgabe der in [25] verzeichneten Sachen rechtsbeſtändig zu erklären, was er jedoch bis zur Entſcheidung der Sache in höchſter Inſtanz abgelehnt habe; und war, inſofern unter „Antrag ſtellen“ die dem Beklagten in dem Decret vom 27. September 1858 unter 3 gemachte gerichtliche Auflage gemeint iſt, ſchon deshalb zu verwerfen, weil es an einer Beſchwerde in voriger Inſtanz fehlt. Vergl. [38] z. E. pag. 20.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen der Deputirten von Gustav Riedel & Comp. Debitmasse zu Bremen, Kläger jetzt Appellanten, gegen Frerk Balleer daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, betreffend Herausgabe von Waaren, wird dem Beklagten die am 7. Januar 1860 von den Klägern überreichte Legitimationsanzeige zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 3. Januar 1859, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern sei, daß die Kläger in einem vom Handelsgerichte zu bestimmenden Termine, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, zu beweisen schuldig seien,

daß Ernst Gustav Heinrich Riedel in Firma Riedel & Co. sich bereits am 30. Sept. 1857 im Zustande materieller Insolvenz befunden habe, und dies sowohl dem Riedel selbst, als auch dem Beklagten beim Abschluß des in [7] der Handelsgerichts-Acten enthaltenen Verpfändungsvertrages von jenem Tage bekannt gewesen sei.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 12. Mai 1860.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

1. Die von den Klägern principaliter angestellte Vindication bedarf keiner selbstständigen Entscheidung. Zwar ist es gewiß,
pag. 2. daß der Cridar, wenn nicht länger, doch jedenfalls bis zu dem Geschäfte vom 11/12. December Eigenthümer der in Rede stehenden Waaren gewesen ist, und der Punct, ob zu jener Zeit, außer der unbestritten damals Statt gehabten Besitzübertragung an den Beklagten, auch eine käufliche Ueberlassung jener Waaren, sowie in Folge derselben Eigenthumsübergang auf den Letzteren Statt gehabt hat, nicht zum Gegenstande der Partei-Verhandlungen gemacht worden, allein der Vindication steht hier jedenfalls die Einrede des, wenn nicht früher, dann doch am 11/12. December entstandenen beklagtischen Faustpfandes entgegen, welche nur durch eine Paulianische Klage würde beseitigt werden können.

Wenn die Kläger hiebei behaupten und auch das Handels-
pag. 3. gericht angenommen hat, der Beklagte habe im Prozesse erklärt, aus den Vorgängen vom 11/12. December überhaupt keine Rechte ableiten zu wollen, weshalb es denn auf dieselben in der vorliegenden Sache gar nicht ankomme, so ist dem nicht beizustimmen. Der Beklagte hat freilich, wie schon vor dem Handelsgerichte, so auch vor den höheren Instanzen in dieser Beziehung erklärt

H. Ger. Prot. p. 2 und 9.

„er lege wenig Gewicht auf den von den Klägern angegriffenen Act vom 11/12. December" und „er wolle keine weiteren Rechte aus jenem Acte ableiten, als bisher schon begründet waren" allein dies kann in Verbindung mit dem übrigen Vortrage des Beklagten nur in dem Sinne aufgefaßt werden, daß derselbe keinen selbstständigen und zwar nicht den alleinigen Rechtsgrund seiner Vertheidigung, dem klägerischen Angriffe
pag. 4. gegenüber, aus dem an jenem Tage Vorhergegangenen ableiten wolle. Daß der damalige Act eventuell als Ausführung und resp. Modification der früheren Geschäfte zu gelten habe, ist

Digitized by Google

von dem Beklagten genügend schon in erster Instanz behauptet werden.

H. Ger. Act. p. 4 und 13.

Es kann hiernach

II. nur noch auf die eventuell von den Klägern erhobene Paulinische Klage ankommen.

Diese würde

1) wenn nur der Act vom 11/12. December, und zwar als für sich bestehendes Geschäft, in Frage stände, ohne weiteres als begründet anzusehen sein. Denn, der Beklagte hat nicht geleugnet, zu der angegebenen Zeit die hoffnungslose Lage des Riedel gekannt zu haben, und in der Appellationsausführung pag. 5. zweiter Instanz ausdrücklich eingeräumt, daß in Folge des Umstandes, daß er das bevorstehende Fallissement Riedel's am 11/12. December habe ahnen können, der damalige Act an sich als der Grund der Pfandbestellung wohl nicht gelten könne.

O. Ger. Act [2] p. 25.

Die hier erforderlichen Voraussetzungen der Paulianischen Klage,

§§. 31 u. 35. der Debit-Verordn.

beiderseitige Kunde der Insolvenz des Uebertragenden, und eines für die Creditoren aus der Uebertragung sich ergebenden Nachtheils, würden hiernach, ohne daß es noch einer klägerischen Nachweisung darüber resp. der Bezugnahme auf die Präsumtion des §. 40. der Debit-Verordnung bedürfte, aus den vorliegenden Umständen und den beklagtischen Zugeständnissen sich ergeben. — pag. 6. Dagegen muß dem vorgedachten Act

2) mit den vorigen Richtern insofern Bedeutung beigelegt werden, als wenn dem Beklagten auf gültige Weise schon früher Sicherstellung für seine Forderung mittelst der in Rede stehenden Waaren zugesichert worden sein sollte, diese Sicherstellung selbst noch am 11/12. December, ungeachtet des damals nahe bevorstehenden Fallissements, mit rechtlicher Wirkung habe vollzogen werden können,

Debit-Verordn. §. 34. und arg. §. 82.

so daß es unter dieser Voraussetzung auf den, vom Handels-

Digitized by Google

gerichte vornehmlich in Betracht gezogenen Punct, ob nämlich der Beklagte schon früher ein den Fallissementsausbruch über-
pag. 7. dauerndes Faustpfand erlangt und ferner aufrecht erhalten habe, nicht mehr ankommt.

Hier war nur, abgesehen von der etwaigen Anfechtbarkeit der Acte vom 30. September und 25. November auf Grund der actio Pauliana,

a) anzunehmen, daß rechtlich Nichts entgegengestanden hat, dem Beklagten die fragliche Sicherstellung auf bindende Weise in der Art zuzusagen, daß diese Zusage als causa antecedens für die, wenn nicht sogleich erfolgte, dann später auszuführende faustpfandliche Besitzübertragung zu gelten habe. Nur der Inhalt der Verordnung vom 25. Aug. 1848 könnte etwa hier ein Bedenken erregen, insofern man Veranlassung dazu haben sollte, darin die Bestimmung zu erblicken, daß wegen
pag. 8. Forderungen aus Handelsgeschäften jeder Verpfändungsact, insbesondere auch jede Pfandbestellungszusage, wenn nicht sofort auch die wirkliche Faustpfandhingabe erfolge, für völlig unwirksam zu achten seien. Allein dies liegt nicht in jenem Gesetze, sondern die erwähnte Verordnung hat in Betreff des hier in Betracht gezogenen Punctes nur die Bestimmung, das nach der Erbe- und Handfesten-Ordnung unter gewissen Voraussetzungen durch Bestellung eines allgemeinen Pfandrechts zu begründende Vorzugsrecht im Concurse in Beziehung auf den Handelsstand zu beseitigen, ohne jedoch so weit zu gehen, eine jede causa antecedens für wirkungslos zu erklären.

Es war auch

b) der Zusammenhang der Geschäfte vom 30. Septbr. und 25. November mit dem Acte vom 11/12. December als in
pag. 9. Gewißheit stehend anzunehmen.

Die beiden von den Klägern als ächt anerkannten von den beiden Tagen datirten Documente

H. Ger. Act. [7] und [10.]

ergeben, daß die darin benannten Waaren — unter welchen unbestritten auch die jetzt in Frage stehenden sich befunden haben — dem Beklagten als Faustpfand haften sollten. Hierauf führt

Digitized by Google

der Inhalt der Urkunden unzweifelhaft hin, ohne daß es der in Betreff der Urkunde [7] vorgenommenen Tarveränderung bedurft hätte. Nun meinen freilich die Kläger, das Verſprechen eines künftig erſt zu übergebenden Fauſtpfandes habe nicht im Sinne der Contrahenten gelegen, und mit den unmittelbar auf den Vertragsabſchluß folgenden, aus den Acten ſich ergebenden Handlungen ſeien die beiden Geſchäfte völlig beendigt worden. pag. 10.
Allein dies iſt unbegründet. In der Erklärung eines Schuldners, er verſetze eine Sache fauſtpfandlich, oder, er übertrage ſie dem Gläubiger zu deſſen Sicherheit mit Verkaufsrecht, iſt zugleich das Verſprechen enthalten, Fauſtpfand zu beſtellen; ein Verſprechen, welches dem Gläubiger einen Anſpruch darauf gewährt, die Beſitzübergabe zum Behufe des Fauſtpfandes zu einer beliebigen Zeit ſpäter zu verlangen, wenn eine ſofortige Hingabe entweder überhaupt, oder doch nicht in gehöriger Weiſe, geſchehen ſein ſollte. Im vorliegenden Falle enthalten nun aber die in Betracht kommenden Documente Nichts, was darauf hinführte, daß der Beklagte das vorgedachte Recht nicht ſeinem geſammten Umfange nach geltend machen dürfe. pag. 11.

Es fragt ſich hiernach nur noch, ob die Beſitz-Einräumung, oder falls der Beklagte ſchon vorher im Beſitze ſich befunden haben ſollte, die von Neuem geſchehene Feſtſtellung des beklagtiſchen Beſitzſtandes, am 11/12. December auf Grund jener früheren Vereinbarungen, oder etwa vermöge eines neuen Rechtsgeſchäfts vor ſich gegangen ſei. Die Darſtellung des Beklagten geht klar dahin, daß er auf Grund der beiden mehrerwähnten Verträge ſich auf eine Reihe von Handlungen den wirklichen Beſitz der Waaren verſchafft habe, daß er dieſen Beſitz immer ſchärfer habe hervortreten laſſen, und daß als Schlußact dieſer Vorgänge am 11/12. December die Scheidung der dem Riedel zurückgeſtellten und der ferner ihm, dem Beklagten verbliebenen jetzt ſtreitigen, Waaren Statt gehabt habe. Hingegen haben pag. 12.
die Kläger von Anfang an eingeräumt, und reſp. behauptet, daß die vorgedachten Waaren gerade für die beiden Forderungen, welche auch der Beklagte zu Grunde legt, jedoch erſt am 11/12. December verpfändet worden ſeien, dabei iſt jedoch durch

die Anerkennung der beiden Urkunden [7] und [10] constatirt worden, daß über die Pfandbestellung mittelst jener Waaren für die mehrerwähnten Forderungen schon am 30. September und 25. November urkundliche Veränderungen getroffen worden sind; und endlich haben die Kläger in der Replik eingeräumt, daß auf Anlaß dieser Verpfändung schon vor dem 11/12. December mehrere Handlungen vorgekommen sind, welche bezweckten, die
pag. 13. Waaren mehr und mehr der ausschließlichen und von Riedel nicht zu beeinträchtigenden Disposition des Beklagten zu unterwerfen. Hiernach darf, da die Kläger es an einer ausreichend substantiirten Behauptung darüber haben fehlen lassen, daß am 11/12. December ein selbstständiges und neues Rechtsgeschäft geschlossen sei, und welchen Inhalt dasselbe gehabt habe, unbedenklich der in Rede stehende Zusammenhang des letztgedachten Acts mit den früheren angenommen werden. In der Vernehmlassung zweiter Instanz sind freilich die Kläger mit einigermaßen bestimmteren Angaben hervorgetreten,

O. Ger.-Acten [6] p. 34.

indem sie von einem am 11/12. December geschlossenen Verkaufe der Waaren Seitens Riedel's an den Beklagten reden, allein es sind weder nähere Angaben hierüber gemacht, noch ist be-
pag. 14. hauptet worden, daß die Besitzregulirung ausschließlich auf dem angeblichen Verkaufsgeschäfte beruht habe. Abgesehen aber auch von dem materiell Ungenügenden dieser Anführungen würde es prozessualisch unthunlich sein, die Kläger mit einem erst in zweiter Instanz gemachten, zur Begründung der Klage erforderlichen Vorbringen zuzulassen, ohne daß von neuer Auffindung des in Rede stehenden Umstandes etwas behauptet worden wäre.

Es kommt hiernach

III. speciell darauf an, ob die Voraussetzungen der Actio Pauliana in Betreff der Geschäfte vom 30. Sept. und 25. Nov. vorliegen oder doch in genügender Weise behauptet worden sind, um sie den Klägern zum Beweise verstellen zu können.

Hiebei ist nach der Verschiedenheit der Bestimmungen in
pag. 15. den §§. 31 und 34 der Debit-Verordnung zunächst der Umstand von Erheblichkeit, ob die Forderungen des Beklagten, für

welche Riedel die Pfandbeſtellung vornahm oder doch zuſagte, vor dieſem Eintritte des Debitverfahrens fällig geworden ſein würden oder nicht. Die Kläger behaupten das Letztere, allein ohne Grund.

Auf die Forderung von ℛ 1683., für welche am 25. Nov. eine Deckung beſtellt worden iſt, wird es bei dieſem Puncte, zufolge des unten über dieſelbe Auszuführenden nicht ankommen. Doch würde eventuell die Fälligkeit derſelben keinem Zweifel unterliegen.

Zufolge der unbeſtrittenen, übrigens auch durch den anerkannten Riedelſchen Brief

H. Ger. Act. [10.] S. 2.

außer Zweifel geſtellten Angabe des Beklagten hatte derſelbe dem Riedel am 25. Novbr. zwei Accepte per den 23. Janr. 1858 pag. 16. von ℛ 1194. 30 ℋ und ℛ 498. 42 ℋ geleiſtet. Daß der Beklagte hiefür eine Forderung erſt dann bekommen habe, nachdem die Wechſel eingelöſet worden ſeien, iſt eine unbegründete Behauptung der Kläger. Ordentlicher Weiſe muß bei Ziehungen in blanco oder bei Aushülfen, wie ſolche hier geleiſtet wurden, vor Verfall Deckung gemacht werden. Das Nähere über den Zeitpunct hängt eventuell von der Vereinbarung unter den Parteien ab. Dieſe liegt hier in dem mehrerwähnten Briefe vom 25. November

Actor. [10.]

vor. Der Beklagte ſollte ſogleich ein Fauſtpfand erhalten, und außerdem verpflichtete ſich Riedel, den Betrag der 1693 ℛ innerhalb 8 Tage zu vergüten. Somit war die Forderung des Beklagten auf Deckung des vorgedachten Belaufes ſchon am 2. December, 12 Tage vor dem Falliſſementsausbruche, fällig. pag. 17.

Anlangend ſodann die wichtigere größere Forderung, welche am 30. September 11060 ℛ 40 ℋ betragen hat, und bis zum Falliſſemente durch den Erlös verkaufter Waaren bis auf ℛ 6244. 68 ℋ verringert worden iſt, ſo zeigen die in dem Documente

Act [7.]

enthaltenen Angaben über die Beſtandtheile derſelben, daß auch

deren vor dem Falliſſements-Ausbruche eingetretene Fälligkeit nicht zu bezweifeln iſt. Der Beklagte hatte Accepte geleiſtet:

per	12. September	ℛ	3680 . —
„	3. October	„	2510 . —
„	7. „	„	1525 . —
„	11. „	„	2475 . 17.
	zuſammen	ℛ	10,190. . 17.

Der erſte jener Poſte hätte, wenn nicht früher, doch jeden-
pag. 18. falls am 12. Septbr., alſo 8 Tage vor dem fraglichen Hergange berichtigt ſein müſſen, und zufolge des oben über die Deckungspflicht in Beziehung auf Blanco-Accepte Geſagten mußten auch alle übrigen Beträge jedenfalls vor dem 11. October, alſo ungefähr 9 Wochen vor dem Falliſſements-Ausbruche, zurückgezahlt ſein. Es bleibt dann nur noch der verhältnißmäßig unbedeutende Poſten von ℛ 870. 23 ℋ übrig, welchen Riedel dem Beklagten für Reis damals ſchuldig zu ſein bekannte. Daß dies Bekenntniß wahrheitswidrig geweſen ſei, haben die Kläger nicht behauptet, und ſomit darf von der Geſammtſumme der ℛ 11,060. 40 ℋ und folgleich auch von dem Reſtbetrage derſelben zur Summe von ℛ 6244. 68 ℋ angenommen werden,
pag. 19. daß dieſelbe vor dem Eintritt des Debitverfahrens fällig geweſen ſei.

Hiernach gehörte es zufolge der §§. 34 und 35 und des darin in Bezug genommenen §. 31 der Debit-Verordnung zur Begründung der Pauliani'ſchen Klage, daß beide Theile, Riedel und der Beklagte, ſowohl der Inſolvenz des Erſteren, als auch des Umſtandes, daß den Gläubigern aus der Pfandbeſtellung Nachtheil erwachſen werde, ſich bewußt geweſen ſeien. Es fragt ſich, ob die Klage in dieſer Hinſicht genügend ſubſtanciirt ſei. Das Obergericht hat dieſe Frage verneint, und die Kläger aus dieſem Grunde angebrachtermaßen abgewieſen. Dieſer Entſcheidung war nicht, wenigſtens nicht in Betreff des geſammten Klaggegenſtandes, beizutreten.

pag. 20. Daß Riedel ſchon zu Ende des Septbr. und im Novbr. materiell inſolvent geweſen ſei, und daß beide Contrahenten

Digitized by Google

Dies gewußt hätten, iſt von den Klägern in der Replik ausdrücklich behauptet worden, und das Obergericht hat denn auch nur die Anführung der Kläger vermißt, daß die Pfandbeſtellung den Gläubigern zum Nachtheil gereicht habe und Dies den beiden Contrahenten bekannt geweſen ſei.

Es bedarf indeſſen bei Paulianiſchen Anfechtungen einer desfallſigen beſonderen Behauptung dann nicht, wenn die Beſchaffenheit des angefochtenen Rechtsgeſchäfts in Verbindung mit der den Contrahenten bekannten Inſolvenz von ſelbſt auf eine Verkürzung der Gläubiger hinführte; denn Das, was keiner Beweisführung bedarf, braucht auch im erſten Verfahren nicht beſonders behauptet zu werden.

Was nun

a) die Verpfändung vom 30. Septbr. anlangt, ſo wurde pag. 21.
damals für eine ſchon beſtehende Schuld ein Pfand beſtellt, deſſen Werth der Größe der Forderung gleich kam. Hierin lag beim Vorhandenſein eines inſolventen Vermögenszuſtandes des Riedel ohne Weiteres eine Verkürzung der übrigen Gläubiger deſſelben, weil Das, was der Beklagte durch dieſe Deckung mehr als die ſonſt auf ihn fallende Dividende erhielt, den übrigen Gläubigern entzogen würde. Nur ganz beſondere Umſtände könnten auf ein anderes Reſultat hinführen, von denen indeſſen der Beklagte Nichts vorgebracht hat. Aus dem Vorbemerkten ergiebt ſich zugleich, daß die Kenntniß der Inſolvenz des künftigen Falliten hier ohne Weiteres auch das Bewußtſein der Verkürzung in ſich ſchloß. Beide Theile mußten ſich, wenn es pag. 22.
ihnen bekannt war, daß die Vermögenslage des Schuldners eine inſolvente ſei, ſagen, daß die Deckung des einen Gläubigers nicht anders als auf Koſten der Uebrigen geſchehen könne.

Hiernach war den Klägern ſo, wie im Erkenntniſſe geſchehen, Beweis aufzulegen, wobei es ſich von ſelbſt verſteht, daß unter der Inſolvenz, von welcher der Beweisſatz redet, nicht etwa eine jede Unterbilanz, ſondern eine ſolche Ueberſchuldung gemeint iſt, welche es, wenn nicht gewiß, doch wahrſcheinlich machte, daß die damaligen Gläubiger volle Befriedigung für ihre Forderungen nicht erlangen würden.

Digitized by Google

Abweichend von dem Vorſtehenden war

b) das Geſchäft vom 25. November zu beurtheilen. Bei dieſem handelte es ſich nicht um eine Pfandbeſtellung für eine
pag. 23. ſchon vorhanden geweſene, ſondern um eine unter der Bedingung der Sicherſtellung durch Fauſtpfand neu contrahirte Schuld, ſo daß dies Geſchäft gar nicht unter die Beſtimmung des §. 31., ſondern unter diejenige des §. 38. der Debit-Verordn. fällt. — Bei einem Geſchäft dieſer Art iſt ohne die Angabe beſonderer Umſtände — etwa der Contrahirung der Schuld zu einem der Maſſe Nachtheil bereitenden Zwecke — nicht abzuſehen, worin die Verletzung der Gläubiger liegen ſollte. Dieſer Mangel iſt denn auch bereits in der Duplik von dem Beklagten ſpeciell berührt worden, alſo in dem Vortrage, in welchem er zuerſt Veranlaſſung hatte, ſich über den Grund der Pauliani[ſ]chen Klage zu äußern. Und die Kläger haben ſelbſt in den höheren Inſtanzen Nichts vorgebracht, was als Verſuch nachträglicher
pag. 24. Vervollſtändigung der ungenügenden früheren Angaben in Betreff dieſes Punctes angeſehen werden könnte.

Die Compenſation der Koſten der beiden höheren Inſtanzen — derjenigen des Obergerichts mit der in der Sent. a qua angegebenen Ausnahme — folgt aus dem Ergebniſſe der gefällten Entſcheidungen von ſelbſt. Allein auch die vom Obergericht ausgeſprochene Compenſation der Koſten erſter Inſtanz war beizubehalten. Der Beklagte hat dawider keine Rechtsmittel ergriffen, und die Kläger ſind dadurch nicht beſchwert, weil ſie mit dem principalen Klaggrunde gänzlich, und mit dem eventuellen zum Theil, abgewieſen werden mußten.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Urtheil.

In Sachen Heinrich Leupold zu Bremen, Klägers, jetzt Querulanten, wider Johann Diedrich Köncke, als Bevollmächtigten des „Vereins von Privatassecuradeuren“, und August Wille, als Bevollmächtigten der Assecuranz-Compagnie „Hansa“ ebendaselbst, Beklagte jetzt Querulaten, eine Versicherung, jetzt angebliche Nichtigkeit des Obergerichts-Erkenntnisses betreffend, werden die Parteien hiedurch benachrichtigt, daß die eingezogenen Voracten am 5. Juli d. J. allhier eingegangen sind, und da die Sache einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, so erkennt das Oberappellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Frist der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 21. Mai d. J. erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, die Beschwerde selbst aber, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, als unbegründet zu verwerfen sei. Und soll übrigens das Obergericht bei Rücksendung der Voracten zugleich um die Insinuation dieses Erkenntnisses an die Beklagten ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 24. September 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Die anher ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde mußte aus folgenden Gründen verworfen werden.

Der Kläger gründet dieselben nämlich lediglich darauf, daß der Richter Dr. Focke, welcher das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts mit unterzeichnet hat, als Schwager einer der Directoren der mitbeklagten Assecuranz-Compagnie „Hansa" rechtlich verhindert gewesen sei, bei der Abgabe des Erkenntnisses zu concurriren.

Nun ist aber durch einen am 15. April 1853 von Rath und Bürgerschaft beschlossenen Zusatz zum § 292 der Gerichtsordnung ganz allgemein, mithin zu keinen Distinctionen berechtigend, festgesetzt worden, daß die Theilnahme eines durch die Bestimmung dieses Paragraphen von der Verwaltung seines Amts ausgeschlossenen Richters an der Leitung und Entscheidung einer
pag. 3. Sache zulässig sei, wenn die Parteien auf den daraus herzuleitenden Einwand ausdrücklich entweder speciell für eine einzelne Sache, oder allgemein für die unter ihnen entstehenden Rechtsstreitigkeiten verzichtet haben; und von diesem den Parteien gestellten allgemeinen Verzichte ist in den mit dem 1. Januar 1854 in Gültigkeit getretenen Versicherungsbedingungen der Bremischen Seeversicherungs-Gesellschaften im § 76 in dem Umfange Gebrauch gemacht, daß danach der Einwand des Klägers, welcher nach dem ursprünglichen § 292 der Gerichtsordnung allerdings begründet sein würde, sich nunmehr als ein völlig unbegründeter erweiset.

Zwar enthält der § 76 cit. soweit er hier in Betracht kommt, seinen Worten nach keinen Verzicht auf den Einwand
pag. 4. gegen die Theilnahme eines mit dem Director einer Assecuranz-Compagnie verwandten Richters. Allein eine, auch bei der Interpretation von Verzichten völlig berechtigte Schlußfolgerung führt nothwendig dahin, auch diesen Verzicht als einen durch

Digitized by Google

den § 76 beabsichtigten und implicite darin enthaltenen anzunehmen. Denn indem dieser Paragraph bestimmt, der Umstand, daß ein Mitglied des Gerichts Actionair einer oder mehrerer der betheiligten Seeversicherungs-Gesellschaften sei, oder zu einem Actionair in einer der im § 292 der Gerichtsordnung erwähnten Beziehungen stehe, hindere dessen Theilnahme an Leitung und Entscheidung solcher Streitigkeiten nicht, und nun hinzufügt: insofern nicht dieses Mitglied zugleich Director bei einer der betheiligten Versicherungs-Gesellschaften ist, mithin abgesehen von dem demnächst erwähnten Verhältnisse persönlicher Betheiligung, nur diese Ausnahme macht, spricht pag. 5.
er damit implicite völlig klar aus, daß bloße Verwandschaft zu dem Director einer prozessirenden Versicherungs-Gesellschaft einen Richter nicht unfähig mache.

Wenn der Kläger

1) obgleich nur beiläufig, andeutet, daß die Directoren der Assecuranz-Compagnie als solche immer zu den persönlich bei der Sache Betheiligten gehörten,

Oberappellations-Gerichtsacten Nr. 1. S. 6. a. E.

in welchem Falle nach dem weiteren Inhalt des § 76 Abs. 1 schon Verwandtschaft mit ihnen zum Ausschluß eines Richters genügen würde, so bedarf dies nach der insofern völlig klaren Fassung des § 76 kaum einer Widerlegung, indem hier die persönlich bei der Sache Betheiligten neben den Directoren als eine besondere Kategorie aufgeführt werden, mithin noch etwas pag. 6.
Anderes zur Eigenschaft des Directors als solchen hinzukommen muß, um den mit ihm verwandten Richter in der Sache auszuschließen.

Wenn ferner

2) der Kläger sich darauf beruft, daß der eigentlich Versicherte ein Auswärtiger, und Dieser nicht gemeint sei auf einen Einwand aus § 292 der Gerichtsordnung zu verzichten, so ist dieser Einwand ein höchst unpassender, da der Kläger durch Abschluß der Versicherung auf Grund der Bedingungen vom 1. Januar 1854 sich nach § 75 derselben dem § 76 unterworfen hat.

Digitized by Google

Wenn aber der Kläger

3) ganz besonders geltend macht, daß nach einer selbst von den Beklagten in gegenwärtiger Sache anerkannten Usualinterpretation der im § 76 cit. enthaltene Verzicht nicht auf das
pag. 7. Verwandschaftsverhältniß der Richter zu einem Director ausgedehnt werde, so ist dagegen

a) zu erinnern, daß, wenn es sich hier von einer Ausdehnung des im § 76 enthaltenen Verzichts handelte, es zur Ausschließung derselben gar keiner Usualinterpretation bedurfte, da der Grundsatz der stricten Auslegung von Verzichten schon ohne Weiteres dahin führen würde, daß aber nach dem Obigen die angebliche Usualinterpretation, wenngleich nicht mit den Worten, doch mit dem klaren Sinne des § 76 in Widerspruch stehen würde. Freilich würde eine solche deshalb keine ungültige und nicht zu beachtende sein. Allein je unwahrscheinlicher es ist, daß sich in der kurzen Zeit von sechs Jahren ein solches der klaren Absicht des § 76 widerstreitendes wirkliches Gewohnheitsrecht gebildet habe, was entweder eine Reihe gleichmäßiger
pag. 8. gerichtlicher Entscheidungen oder eine völlige Uebereinstimmung der sämmtlichen Bremischen Assecuranz-Compagnien in diesem Puncte voraussetzen und ohne Zweifel dann eine förmliche Abänderung des § 76 herbeigeführt haben würde, um so weniger kann die Behauptung einer solchen Usualinterpretation so, wie sie vom Kläger aufgestellt ist, ohne auch nur einen einzigen Fall geltend zu machen, in welchem sie zur Anerkennung gekommen wäre, auf Beachtung auch nur insofern Anspruch machen, daß dem Kläger ein Beweis darüber nachgelassen werde, zumal dies von ihm auch gar nicht beantragt ist.

Was aber

b) die Behauptung betrifft, daß die fragliche Usualinterpretation von den Beklagten im gegenwärtigen Processe anerkannt
pag. 9. sei, so kann die Frage, ob dies von rechtlicher Relevanz sein würde, dahingestellt bleiben, da sich eine solche Anerkennung den Acten nicht entnehmen läßt. Nach der dafür in Bezug genommenen Stelle des Handelsgerichtsprotokolls haben nämlich die Parteien auf etwaige Einreden gegen die Betheiligung des

Richters Wolde verzichtet, ohne daß irgend conſtirt, weshalb. Nachdem § 76 cit. muß man annehmen, es ſei geſchehen, weil der Richter Wolde entweder Bevollmächtigter einer Bremiſchen Aſſecuranz-Compagnie, oder aber entweder ſelbſt perſönlich betheiligt oder mit einem perſönlich Betheiligten in einer der im § 292 der Gerichtsordnung angegebenen Beziehungen ſteht, oder endlich Mitdirector einer der beiden litigirenden Compagnien iſt. Und Letzterer ſcheint durch die eigene Bemerkung des Klägers in dieſer Inſtanz beſtätigt zu werden. Denn wenn er zur pag. 10.
Erklärung jenes beim Handelsgerichte vorgekommenen Verzichtes bemerkt: Herr Köncke iſt Director des Vereins von Privat-Aſſecuradeurs, ſo beruht dies wohl nur auf einem Schreibfehler (Köncke ſtatt Wolde), da laut den Acten Köncke nicht Director ſondern Bevollmächtigter des gedachten Vereins iſt. Sollte aber auch durch dieſe Bemerkung angedeutet werden, daß der Richter Wolde zu Köncke in einer Beziehung des § 292 ſtehe, ſo würde, da, wie bemerkt, Köncke Bevollmächtigter iſt, das behauptete Anerkenntniß durch den Verzicht auf etwaige Einreden gegen die Theilnahme des Richters Wolde ſchon deshalb nicht nachgewieſen ſein, weil zwiſchen einem Director und einem Bevollmächtigten als dem eigentlichen Vertreter der Compagnie nach Außen, alſo der eigentlichen proceſſirenden Partei, ein pag. 11.
großer, auch im § 76 cit. anerkannter Unterſchied iſt.

Bei erfolgender Verwerfung der Nichtigkeitsbeſchwerde mußte der Kläger auch in die Koſten dieſer Inſtanz verurtheilt werden.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Sachen Johann Wilhelm Nolte & Sohn zu Bremen, Kläger jetzt Querulanten, wider August Wille, als Bevollmächtigten der Assecuranz-Compagnie „Hansa“ daselbst, Beklagten jetzt Querulaten, eine Versicherung von Bodmereigeldern, jetzt angebliche Nichtigkeit des Obergerichts-Erkenntnisses betreffend, wird die vom Beklagten am 11. Mai d. J. übergebene Vernehmlassung nebst Vollmacht den Klägern, der von diesen am 18. Juli eingereichte Contumacialantrag hingegen dem Beklagten, hieneben abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt, da es einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Frist der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 5. März d. J. erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, die Beschwerde selbst aber, wie hiemit geschieht unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten dieser Instanz, als unbegründet zu verwerfen sei.

Uebrigens soll das Obergericht zum Behuf der Ansetzung der gesetzlichen Urtheilsgebühr um Aufklärung über den Belauf der eingeklagten Schadensforderung ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 24. September 1860.

(L. S.) Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Die anher ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde mußte aus folgenden Gründen verworfen werden.

Die Kläger gründen dieselbe nämlich lediglich darauf, daß der Richter Dr. Focke, welcher das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts mit unterzeichnet hat, als Schwager einer der Directoren der beklagten Assecuranz-Compagnie „Hansa" rechtlich verhindert gewesen sei, bei der Abgabe des Erkenntnisses zu concurriren.

Nun ist aber durch einen am 15. April 1853 von Rath und Bürgerschaft beschlossenen Zusatz zum § 292 der Gerichtsordnung ganz allgemein, mithin zu keinen Distinctionen berechtigend, festgesetzt worden, daß die Theilnahme eines durch die Bestimmung dieses Paragraphen von der Verwaltung seines
pag. 3. Amts ausgeschlossenen Richters an der Leitung und Entscheidung einer Sache zulässig sei, wenn die Parteien auf den daraus herzuleitenden Einwand ausdrücklich entweder speciell für eine einzelne Sache, oder allgemein für die unter ihnen entstehenden Rechtsstreitigkeiten verzichtet haben; und von diesem den Parteien gestellten allgemeinen Verzichte ist in den mit dem 1. Januar 1854 in Gültigkeit getretenen Versicherungs-Bedingungen der bremischen Seeversicherungs-Gesellschaften im § 76 in dem Umfange Gebrauch gemacht, daß danach der Einwand der Kläger, welcher nach dem ursprünglichen § 292 der Gerichtsordnung allerdings begründet sein würde, sich nunmehr als ein völlig unbegründeter erweiset.

Zwar enthält der § 76 cit. soweit er hier in Betracht
pag. 4. kommt, seinen Worten nach keinen Verzicht auf den Einwand gegen die Theilnahme eines mit dem Director einer Assecuranz-Compagnie verwandten Richters. Allein eine, auch bei der

Digitized by Google

Interpretation von Verzichten völlig berechtigte Schlußfolgerung führt nothwendig dahin, auch diesen Verzicht als einen durch den § 76 beabsichtigten und implicite darin enthaltenen anzunehmen. Denn indem dieser Paragraph bestimmt, der Umstand, daß ein Mitglied des Gerichts Actionär einer oder mehrerer der betheiligten Seeversicherungs-Gesellschaften sei oder zu einem Actionär in einer der im § 292 der Ger. Ordn. erwähnten Beziehungen stehe, hindern dessen Theilnahme an Leitung und Entscheidung solcher Streitigkeiten nicht, und nun hinzufügt: „insofern nicht dieses Mitglied zugleich Director bei einer der betheiligten Versicherungs-Gesellschaften ist," mithin, abgesehen von dem demnächst erwähnten pag. 5.
Verhältnisse persönlicher Betheiligung nur diese Ausnahme macht, spricht er damit implicite völlig klar aus, daß bloße Verwandtschaft zu dem Director einer prozessirenden Versicherungs-Gesellschaft einen Richter nicht unfähig mache.

Nun haben die Kläger freilich, wenngleich in so unklarer Weise, daß es der Gegner nicht verstanden hat und auch das Ober-Appellationsgericht ohne die nähere Auseinandersetzung in der in Sachen Leupold contra Köncke und Wille später hieselbst übergebenen Beschwerdeschrift es nicht würde verstanden haben, das Bestehen einer ihrer Auffassung des § 76 cit. entsprechenden Usualinterpretation behauptet. Allein je unwahrscheinlicher es ist, daß sich ein solches nach der obigen Ausführung, zwar nicht mit pag. 6.
den Worten, doch mit der klaren Meinung des § 76 in Widerspruch stehendes Gewohnheitsrecht in der kurzen Zeit von sechs Jahren gebildet habe, was entweder eine Reihe gleichmäßiger gerichtlicher Entscheidungen oder eine völlige Uebereinstimmung der sämmtlichen Bremischen Assecuranz-Compagnien in diesem Punkte voraussetzen, und in letzterem Falle dieselben ohne Zweifel zu einer förmlichen Abänderung des § 76 bewogen haben würde; um so weniger konnte die nur beiläufig hingeworfene und gar nicht näher begründete Behauptung der Kläger auch nur insofern Beachtung finden, daß man ihnen den, überdies auch nicht einmal beantragten, Beweis derselben nachgelassen hätte.

Digitized by Google

pag. 7. Bei erfolgender Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde waren die Kläger auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Cornelius Janssen Cornelius Wittwe, Geerke, geb. Dirks zu Bremerhaven, Klägerin jetzt Appellantin, wider das Amt Bremerhaven, Beklagten jetzt Apellaten, wegen Besitzstörung, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 29. November 1858, wie hiemit geschieht, dahin abzuändern und zu bestätigen,

daß die Klägerin, unter Verurtheilung derselben in die Proceßkosten erster Instanz und Compensation der Kosten zweiter Instanz, mit der erhobenen Klage angebrachter Maaßen abzuweisen sei.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. September 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

Die gänzliche Abweisung der angestellten Besitzklage, worüber sich die Klägerin in jetziger Instanz von neuem beschwert,
pag. 2. ist vom Obergericht im ersten Erkenntniß darauf gestützt worden, daß der Klägerin kein juristischer Besitz an der streitigen Strecke Deichdossirung zustehe, im zweiten Erkenntniß aber darauf, daß die Klage unzulässiger Weise gegen eine Verwaltungsmaaßregel gerichtet sei, die dabei etwa in Betracht kommenden Privatansprüche nicht in possessorio summariissimo geltend gemacht werden könnten, und auch gegen den unrechten Beklagten verfolgt sein würden. Es entsteht hienach zuerst

I. die präjudicielle Frage, ob die Streitsache überhaupt der Competenz der Gerichte angehöre, und diese Frage mußte, abweichend vom Obergericht, bejaht werden.

1) Die Klägerin behauptet, bis zur Anstellung der Klage sich im Besitz einer näher beschriebenen Strecke der äußeren
pag. 3. Dossirung des Geestedeiches befunden zu haben, und darin durch die Verfügung des beklagten Amtes vom 28. August 1857, welches ihr eine beabsichtigte Veränderung jener Deichstelle ankündigte, und ihr jede Verhinderung der darauf gerichteten Arbeiten bei Strafe untersagte, gestört worden zu sein. Sie verlangte in der Klage Schutz in ihrem Besitze, und in der Replik Restitution des ihr inzwischen durch das factische Vorschreiten des Amtes entzogenen Besitzes.

Die gedachte Verfügung des Amtes

[3] der Acten

bezeichnet sich nun zwar ausdrücklich als eine Regierungsverfügung, welche den Zweck habe, die vorläufige Ausführung der beabsichtigten Deicharbeit im öffentlichen Interesse zu sichern,
pag. 4. giebt aber nicht zu erkennen, aus welchem Grunde die Klägerin unbedingt verpflichtet sei, sich die Umlegung des Deiches und die damit verbundene Veränderung der äußeren Dossirung desselben

Digitized by Google

gefallen zu lassen. Diesen Zweifel beseitigt indessen die Vertheidigung des beklagten Amtes im gegenwärtigen Proceß. Obwohl wiederholt darauf Bezug genommen wird, daß eine Deich- und zugleich Straßensache vorliege, und in einer solchen die Verwaltungsbehörde aus Rücksichten des öffentlichen Wohles ungehindert vorschreiten dürfe, dergestalt, daß selbst wenn der Klägerin das Eigenthum der streitigen Strecke zustände, sie das beabsichtigte Unternehmen nicht würde hindern können, so wird doch durch diese Erklärung nur eventuell geltend gemacht, daß pag. 5.
ein Fall vorliege, wo die Verwaltungsbehörde vermöge eines von ihr ausübenden Hoheitsrechts in Privatverhältnisse einzugreifen befugt wäre. Principaliter wird dagegen Alles darauf gestellt, daß die streitige Fläche einen Bestandtheil des Geestedeiches, und nicht des klägerischen Grundstücks bilde, daß der Deich aber eine res publica sei, und daran ein Privatbesitz weder stattfinden könne, noch der Klägerin nach den concreten Umständen wirklich zugestanden habe. Die Klägerin hat dieser Vertheidigung gegenüber die Befugniß der Staatsverwaltung, über den Deich zu disponiren und eine veränderte Anlage desselben anzuordnen, in keiner Weise bestritten, vielmehr die Pflicht, ihre Rechte gegen Entschädigung aufzugeben, ausdrücklich anerkannt, pag. 6.
und nirgends verlangt, daß über die Zulässigkeit, Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der beabsichtigten Deichveränderung eine gerichtliche Entscheidung abgegeben werde; sie beharrt vielmehr einfach dabei, daß die fragliche Stelle der Dossirung nicht zu dem im Staatseigenthum stehenden Deiche, sondern zu ihrem angrenzenden, durch Erbpachtcontract erworbenen Grundstücke gehöre und mit diesem bisher von ihr besessen worden sei.

Es ergiebt sich hieraus, daß es sich um eine zwischen Grundstücken des Staats und der Klägerin *streitige Grenze* handelt, wobei die Klägerin zunächst den Besitz der von ihr beanspruchten Grenzfläche geschützt wissen will. Es bildet mithin nur ein, auf Anlaß einer Verwaltungssache zur Sprache ge- pag. 7.
kommenes reines Privatrechtsverhältniß, der Besitz auf der einen oder andern Seite, den Gegenstand der vorliegenden Klagsache, wobei die Competenz der Gerichte sowohl nach § 2 der

Bremischen Gerichtsordnung als nach § 15 und 19 der Bremischen Verfassung von 1854 keinem Zweifel unterliegt. Nun kann freilich

2) der richterlich zu schützende Besitz den im Verwaltungswege getroffenen Dispositionen gegenüber nicht unbedingt alle rechtlichen Folgen, wie ein Verhältniß zu einem Privatgegner, haben. Einmal nämlich ist es, da hier Regierungsverfügungen in einer Deich- und Wegesache in Frage stehen, nach § 2 der Gerichtsordnung ausgemacht, daß die vorläufige Ausführung
pag. 8. jener Verfügungen durch das eingeleitete gerichtliche Verfahren nicht aufgehalten werden darf. Sodann dürfte die Verwaltungsbehörde, wie sie es eventuell gethan hat, sich für den Fall, daß der Besitz der Klägerin richterlich anerkannt werden sollte, auf die Anwendung derjenigen Hoheitsrechte berufen, vermöge deren Privatrechte gegen Entschädigung aufgehoben oder beschränkt werden können.

Allein hierdurch wird eine völlige Abweisung der angestellten Klage nicht motivirt. Was nämlich

a) die eben bemerkte Befugniß des Staates betrifft, die Rechte der Klägerin an der streitigen Fläche gegen Entschädigung aufzuheben, so würde dieselbe, da sie der prozessualischen Stellung der Klägerin nicht zum Nachtheil gereichen darf, doch nur die
pag. 9. Folge haben können, daß zwar die streitige Grundfläche *selbst* der Klägerin nicht zu restituiren wäre, ihr dagegen, als Surrogat für die Vortheile des Besitzes, die einstweilige Nutzung der als Aequivalent der Sache eintretenden Entschädigungssumme unter den erforderlichen Sicherungsmaaßregeln gewährt werden müßte; es würde also das Object des Rechtsstreites nicht beseitigt, sondern nur verändert werden. Die Frage aber, ob es dem Richteramt zustehe, die auf Schutz im Besitz der Sache selbst gerichteten Anträge der Klage und Replikschrift nach Maaßgabe dieser Veränderung des Objectes zu modificiren, kann dahin gestellt bleiben, da eine Verneinung nur zu einer Abweisung angebrachter Maaße führen würde, die aus einem anderen Grunde ohnehin erfolgen mußte.

Digitized by Google

b) Die Vorschrift in § 2 der Bremischen Gerichtsordnung pag. 10.
hat nur die Bedeutung, daß ein anhängig gemachtes gerichtliches Verfahren keinen Grund abgeben soll, in den dort genannten Sachen die Verfügung der betreffenden Verwaltungsbehörde zu sistiren, also von der Regel, wonach an dem Streitobject während des Processes nicht geändert werden darf, eine Ausnahme stattfindet. Sobald es dagegen zur gerichtlichen Entscheidung des collidirenden Privatrechtsverhältnisses gekommen ist, treten die allgemeinen Wirkungen der Rechtskraft auch hier ein, und muß daher das inzwischen erfolgte Vorschreiten der Verwaltungsbehörde, wenn es mit dem Inhalt der gerichtlichen Entscheidung in Widerspruch steht, entweder rückgängig gemacht, oder auf die vorstehend sub a bezeichnete Weise ausgeglichen werden, ein Satz, der nicht nur schon aus der Natur der Sache folgt, son- pag. 11.
dern auch durch das Wort „vorläufig" in § 2 der Gerichtsordnung hinreichend angedeutet ist.

Hieraus ergiebt sich aber, daß auch eine Besitzklage in Angelegenheiten der in § 2 der Gerichtsordnung bezeichneten Art von den Gerichten im Allgemeinen ganz nach den dafür bestehenden Regeln des Privatrechts behandelt und entschieden werden muß.

Ein begründeter Zweifel konnte nur darüber bestehen, ob die Klägerin auch zur Anstellung des possessorium summariissimum befugt gewesen sei. Gemeinrechtlich muß in dieser Hinsicht der von

Pfeiffer pract. Ausf. Bd. 3. p. 349—351.

vertheidigten Ansicht beigepflichtet werden, daß das possessorium summariissimum nicht ausgeschlossen sei, wo einem Privaten eine Behörde lediglich als Vertreterin eines Theils des Staats- pag. 12.
vermögens gegenübersteht, daß es dagegen unstatthaft sei, wenn ein Privatbesitz sich in Collision mit der Ausübung von Hoheitsrechten durch eine Behörde befindet. Nun ist zwar im vorliegenden Falle der Grund, aus welchem das beklagte Amt der Klägerin jedes Recht abspricht, die Veränderung der fraglichen Deichdossirung zu hindern, der, daß die Deichdossirung im ausschließlichen Eigenthum und Besitz des Staates stehe. Aber

Digitized by Google

der Anlaß zu dem Streit liegt doch theils in einer Deichsache, indem die dagegen klägerischerseits erhobenen Zweifel der Erklärung der competenten Verwaltungsbehörde gegenüber nicht in Betracht kommen können — theils in einer Wegebausache, indem eine Verbesserung der auf und an dem Deiche befindlichen öffentlichen
pag. 13. Wege aus Rücksichten des öffentlichen Wohls ausgeführt werden sollte. Die Anlegung und Veränderung öffentlicher Straßen im Interesse des Gemeinwohls ist eine Sache der Wege- und Straßen-Polizei, fällt also gleich den deichobrigkeitlichen Dispositionen unter ein Hoheitsrecht des Staates, ohne Rücksicht darauf, ob sie an Staats- oder Privateigenthum ausgeführt werden soll. Der angebliche Privatbesitz der Klägerin steht daher nicht bloß mit dem vom beklagten Amt behaupteten Staatseigenthum an dem Deich, sondern zugleich mit der auf eine Deich- und Straßenanlage gerichteten Ausübung eines Hoheitsrechtes in Collision. Würde es daher schon nach gemeinem Recht Bedenken haben, die Anstellung eines possessorium summariissimum in solchem Fall für zulässig zu halten, so ist jedenfalls nach § 2 der Bremer Gerichtsordnung die Unstatt-
pag. 14. haftigkeit als entschieden anzusehen. Denn wenn der Zweck des possessorium summariissimum darin besteht, denjenigen, welcher nur den jüngsten ruhigen Besitz bescheinigt hat, vorläufig, bis der wahre Besitzstand in zuverlässiger Weise ermittelt sein wird — also ohne wirkliche Entscheidung über den Besitzstand — gegen alle Störungen und Veränderungen des factischen Zustandes zu schützen, so erscheint ein solcher provisorischer Schutz nicht vereinbar mit der Vorschrift des gedachten § 2, durch welche die Verwaltungsbehörde in den daselbst genannten Sachen gerade von der Pflicht, den augenblicklichen factischen Zustand während des Prozesses unverändert zu lassen, entbunden, und zu ungehinderter Ausführung ihrer Verfügungen bis zu rechtskräftiger Entscheidung der Sache ermächtigt wird.

pag. 15. Mußte man hiernach dem Obergericht in der Verwerfung des klägerischen Antrags auf Schutz im jüngsten Besitze beitreten, so steht doch der § 2 der Gerichtsordnung der Besitzklage in ordinario nicht entgegen, und die Klägerin hat, was in

Digitized by Google

der sententia a qua unberücksichtigt geblieben ist, in der Replik ihre Klage ausdrücklich, unter Hinzufügen einer weiteren Begründung, dahin ausgedehnt, daß sie eventuell das possessorium ordinarium für sich geltend machen wolle, eine Ausdehnung, welche nach §. 143 der Bremischen Gerichts-Ordnung statthaft war.

II. Die weitere Frage, ob die Klage als gegen den unrechten Beklagten gerichtet zu verwerfen sei, mußte verneint werden, ganz abgesehen davon, daß die Einrede des unrecht gewählten Beklagten mit Bestimmtheit nicht vorgeschützt worden pag. 16.
ist. Eine Klage auf Erstattung im bisherigen Besitz oder auf Wiederherstellung entzogenen Besitzes kann nur gegen den gerichtet werden, von welchem die Störung oder Entziehung ausgegangen ist. War dieses eine Staatsbehörde, so ist sie es auch, gegen welche sich der Kläger muß wenden dürfen, es liege denn klar vor, daß sie nicht aus eigener Entschließung, sondern nur auf specielle Anweisung der höchsten Staatsgewalt thätig geworden sei. Denn abgesehen von diesem Ausnahmsfall hat der Kläger zunächst die Behörde, welche handelnd auftrat, als den Urheber der Besitzstörung anzusehen, und kann von ihr die Ausgleichung der erlittenen Verletzung im Rechtsweg verlangen,

vgl. l. 1. §. 13. D. de vi (43. 16.)

indem er weder verpflichtet, noch in der Regel im Stande ist, mit Zuverlässigkeit zu erforschen, inwieweit die Behörde etwa pag. 17.
aus eigener Entschließung oder in höherem Auftrag thätig geworden ist. Selbst wenn daher im Proceß dargethan würde, daß die Behörde in speciellem Auftrag der höchsten Staatsgewalt gehandelt habe, so würde dies keinen Grund zur Abweisung der Klage geben; vielmehr könnte die Folge nur die sein, daß die höchste Regierungsstelle mit Entschlagung der Behörde von weiterer Verantwortlichkeit, anstatt derselben den Proceß im Namen des Staates übernehmen ließe.

Im vorliegenden Falle hat nun das beklagte Amt in der Verfügung [3] sich zwar wegen der beabsichtigten Straßenregulirung an und auf dem Geestedeich im Allgemeinen auf Beschlüsse des Senats und der Bürgerschaft bezogen, den an die Klägerin und deren Sohn gerichteten Befehl aber, die vorstehende Arbeit

Digitized by Google

pag. 18. an der äußeren Deichdoſſirung nicht zu hindern, ohne Berufung auf einen ſpeciellen höheren Auftrag, ſelbſt nur als eine von ihm, dem Amte, für nöthig erachtete Ausführungsmaaßregel bezeichnet, ſo daß die nachherige Behauptung im Proceß

[7] p. 12. und [15] p. 5.

der Befehl beruhe auf ſpecieller Weiſung des Senats, nicht in Betracht kommt. Von der nach angeſtellter Klage vorgenommenen factiſchen Veränderung an der äußeren Deichdoſſirung, worin nach der Angabe der Klägerin die völlige Beſitzentziehung liegen würde, hat das beklagte Amt aber gar nicht behauptet, daß ſie auf einer ſpeciellen Anweiſung des Senats beruhe, vielweniger, daß eine ſolche Anweiſung der Klägerin vor der Veränderung eröffnet worden ſei. Die Klägerin hatte daher keinen genügenden Anlaß, ihre Beſitzklage gegen den Staat zu richten, ſondern war
pag. 19. vollkommen berechtigt, gegen das Amt Bremerhaven klagend aufzutreten. Daran wird auch durch den Inhalt des Proteſtes [2] nichts geändert, indem die daſelbſt von der Klägerin referirte Aeußerung des Amtes, daß der Staat ihr die fragliche Doſſirung abnehmen werde, ſie zwar zu einem Proteſt veranlaſſen, ihr aber nicht die Gewißheit geben konnte, daß das nachher erfolgte Vorſchreiten des Amtes durchgängig auf ſpeciellen Anweiſungen des Senates beruht habe.

Das von dem Obergericht angeführte Präjudicat

Bauerſchaft Haſtedt ca. Staatsanwalt Septbr. 1858

betraf einen von dem gegenwärtigen ganz verſchiedenen Fall, in welchem nicht eine Beſchwerde über Beſitzſtörung, ſondern
pag. 20. die Anfechtung einer deichobrigkeitlichen Verfügung in Frage ſtand.

Dem Bisherigen gemäß kommt es

III. auf die rechtliche Begründung der angeſtellten Beſitzklage ſelbſt an; wie darauf auch das Erkenntniß erſter Inſtanz eingegangen iſt. Hier erſcheint nun

1) der Einwand des beklagten Amtes, daß der Deich mit allen ſeinen Beſtandtheilen eine res extra commercium ſei, an welcher gar kein Privatbeſitz vorkommen könne, unbegründet.

Digitized by Google

Ob ein Private volles Eigenthumsrecht an einzelnen Deichstellen erwerben könne, braucht nicht erörtert zu werden, da es sich hier nur darum handelt, ob das Erbpachtverhältniß des klägerischen Grundstückes sich möglicherweise auch auf die anstoßende Deichdossirung habe erstrecken können; war dieses rechtlich zulässig, so konnte die Klägerin auf Grund des Erbpachtrechtes, welches sie sich zuschreibt, auch juristischen Besitz an der fraglichen Fläche pag. 21. erwerben. Daß aber an einzelnen Deichstücken einer Privatperson ein selbstständiges dingliches Nutzungsrecht, ein deutschrechtliches dominium utile, wie es auch in dem Erbpachtverhältniß enthalten ist, zustehen könne, läßt sich, da ein solches mit dem Zweck und Wesen eines Deiches nicht in Widerspruch steht, mit Grund nicht bezweifeln.

2) Mit Unrecht ist ferner von Seiten des Beklagten die Sachlegitimation der Klägerin bezweifelt worden, inwiefern nicht fest stehe, daß sie allein, mit Ausschluß ihrer Kinder, in das Erbpachtverhältniß ihres verstorbenen Mannes eingetreten sei; für die Besitzklage kann es auf den wirklichen Eintritt der Klägerin in die Rechte ihres Mannes nicht ankommen, vielmehr nur darauf, daß sie eine zum Schutz durch Interdicte geeignete Herrschaft über die Sache, oder Gerechtsame an derselben, in pag. 22. eigenem Namen ausgeübt habe. Diesem Erforderniß wird aber, soweit die Beziehung der Klägerin zu der Erbschaft ihres Mannes in Frage steht, durch das replicando in beglaubigter und vom Gegner anerkannter Abschrift producirte Testament [13] genügend entsprochen. Denn wenn die Klägerin auch nur zu einem Theil zur Erbin ihres Mannes eingesetzt wurde, so ist ihr doch an den übrigen Theilen der Nießbrauch vermacht; als Nutznießerin aber darf sie, obwohl nicht Besitzerin der Sache selbst, wegen jeder Störung oder Verhinderung der Ausübung ihres Rechtes sich utiliter der dem Eigenthümer zustehenden Interdicte bedienen.

l. 3. §. 13—17. l. 9. §. 1. D. de vi (43. 16.)

l. 4. D. uti possid. (43. 17.)

Nun ergiebt freilich die producirte Urkunde nichts über die Eröffnung und Verlesung des Testaments; für die jetzige Besitz- pag. 23

klage ist dieser Mangel aber kein entscheidender, da die Klägerin seit dem Tode ihres Mannes nicht nur von dem beklagten Amte, wie die Verhandlungen von 1845—1847 und noch der Befehl [3] ergeben, als Disponentin über das ihrem Manne in Erbpacht gegebene Grundstück behandelt worden, auch in dem Protest [2] selbst in dieser Eigenschaft aufgetreten ist, sondern auch ihr Sohn laut der Protocolle [9] und [10] in den Angelegenheiten des Grundstückes stets nur in ihrem Namen gehandelt hat. Denn aus allen diesen Umständen darf geschlossen werden, daß unter den Betheiligten selbst die Stellung der Klägerin nicht als die einer bloßen Verwalterin des Vermögens ihrer Kinder, sondern als eine auf eigenes Recht an der Sache gegründete aufgefaßt worden sei, sie Klägerin also vermöge eines selbstständigen
pag. 24 animus possidendi gehandelt habe, und dem gegenüber sind von Seiten der Beklagten positive Behauptungen über einen anderen Sachverhalt nicht aufgestellt worden.

3) Daß die Klägerin sich seit langer Zeit und bis zu dem erst nach angestellter Klage erfolgten Einschreiten des beklagten Amtes im Naturalbesitz (Detention) der jetzt streitigen Dossirungsfläche befunden habe, steht fest, da es unter den Parteien unbestritten ist, daß bis zu dem gedachten Zeitpunkt daselbst Anpflanzungen, Gartenanlagen und Befriedigungen bestanden, welche theils von der Klägerin, theils von ihrem verstorbenen Manne herrührten und von ihr benutzt wurden. Alles kommt daher darauf an, auf welchen animus diese Ausübung des Naturalbesitzes zurückzuführen ist, d. h. auf welches Rechts-
pag. 25. verhältniß sich dieselbe im Verhältniß zum Staate stützte. In dieser Beziehung mußte aber der Einwand des beklagten Amtes, daß die Klägerin die Fläche nur miethweise vom Staate inne gehabt habe, insoweit als begründet anerkannt werden, daß die Klage sich als angebrachtermaaßen verwerflich darstellte.

a) Laut des amtlichen Protocolles [8] dessen volle Beweiskraft keinem Zweifel unterliegen kann, hat der verstorbene Cornelius am 8. November 1832 ausdrücklich anerkannt, daß er die zu seinem Erbzinsgrundstücke gehörige Befriedigung, statt

Digitized by Google

auf die am Fuße des Deiches belegene Gränze, vielmehr am Rande der Deichkappe aufgestellt und dadurch ein nicht ihm sondern dem Staate gehöriges Stück Land eingefriedigt habe, und hat dieses Stück Land für jährlich 36 ℳ vom Staat pag. 26.
in Miethe genommen. Es steht hienach fest, daß Cornelius selbst die äußere Dossirung des Deiches nicht als Bestandtheil seines Grundstücks in Anspruch genommen, sondern nur miethweise benutzt hat, und da die Klägerin einen Vorgang, wodurch der Rechtsgrund der Benutzung später verändert worden wäre, nicht behauptet, so muß auch ihre Fortsetzung des Naturalbesitzes auf jenes Miethverhältniß zurückgeführt werden. Daß aber das gemiethete Stück nicht etwa bloß in einem der Deichkappe zunächst gelegenen Streifen der damaligen Dossirung bestand, sondern die letztere ganz, bis zum Deichfuß herab, umfaßte, ergeben die Worte des Protocolls „die am Fuße des Deiches belegene Grenze“ um so bestimmter, als dieselben aus dem Erbpachtcontract [1] erklärt werden müssen, dessen Bestimmungen § 1 und § 2c keinen Zweifel darüber lassen, daß das dem pag. 27.
Cornelius eingeräumte Grundstück keinen Theil des Deiches in sich begreifen, sondern sich nur bis an den Deichfuß erstrecken sollte.

b) Zur Beseitigung dieses der Klägerin entgegenstehenden Ergebnisses hat dieselbe zweierlei geltend gemacht. Einmal hat sie p. 22 der Replik behauptet, das Protocoll [8] rede von einem Stücke Land, „welches 3 Fuß hinter der Baumgränzlinie liege“ — worunter wohl ein zwischen der Baumlinie auf [12] und der Deichkappe befindlicher Streifen der jetzigen Dossirung verstanden sein soll —, und hat sich speciell darüber beschwert, daß ihr dieser Umstand nicht zum Beweise verstellt worden sei. Es leuchtet jedoch ein, daß eine so völlig unsubstanzirte und ohne nähere thatsächliche Angaben dem klaren Inhalte des Pro- pag. 28.
tocolles gegenüber ganz unverständliche Behauptung kein Gegenstand einer Beweisauflage werden könnte.

Sodann hat die Klägerin p. 14 f. der Replik behauptet, zur Zeit des Erbpachtcontractes von 1821 (?) sei die äußere Dossirung faßt senkrecht vom Deiche abwärts gegangen und habe

erſt ſpäter die größere Ausdehnung erhalten, ſo daß der damalige Deichfuß ungefähr da gelegen habe, wo von Cornelius die großen Bäume angepflanzt ſeien. Die Richtigkeit dieſer Behauptung vorausgeſetzt, wäre es nun allerdings denkbar, daß ungeachtet der Erweiterung der Deichdoſſirung auf das Grundſtück des Cornelius hin, doch die alte Grenze auch für die veränderte Oberfläche, ſenkrecht über der urſprünglichen Linie, beibehalten worden wäre, und Cornelius danach an dem entſprechenden Theil
pag. 29. der nunmehrigen Deichdoſſirung denſelben Beſitz, wie an der urſprünglichen Grundfläche ausgeübt hätte. Ob dieſes wirklich der Fall geweſen, das würde davon abhängen, wie und auf welche Veranlaſſung die Umgeſtaltung der Deichdoſſirung zu Stande kam, worüber in den bisherigen Verhandlungen nicht die mindeſte Aufklärung gegeben iſt. Wollte man aber auch zu Gunſten der Klägerin annehmen, daß der animus possidendi für den an der neuen Oberfläche ausgeübten Naturalbeſitz aus dem alten Zuſtande von ſelbſt zu folgern ſei, ſo lange nicht vom Beklagten ein Anderes nachgewieſen werde, ſo iſt doch klar, daß die Relevanz der angeblichen Veränderung ganz weſentlich durch den Zeitpunct bedingt wird, wo ſie eingetreten ſein ſoll. Denn wäre die Erweiterung der Deichdoſſirung vor dem 8. November
pag. 30. 1832 vor ſich gegangen, ſo ſtände nach dem Obigen das Protocoll von dieſem Tage der Klägerin entſcheidend entgegen. Zur Aufrechthaltung der Klage wäre daher die Behauptung unentbehrlich geweſen, daß die Veränderung in die Zeit nach dem gedachten Protocolle und in welche ſpätere Zeit ſie falle; eine ſolche Behauptung hat aber die Klägerin nirgends aufgeſtellt, ſich vielmehr auf die bemerkte Angabe beſchränkt, daß zur Zeit des Erbpachtcontractes von 1821 (? 1831) der Deichfuß ungefähr an der nachher entſtandenen Baumlinie gelegen habe. Dieſer Mangel iſt um ſo weſentlicher, da ohne Kenntniß von dem Zeitpunkt der fraglichen Veränderung das beklagte Amt nicht in der Lage war, diejenigen etwa damit verbundenen Umſtände geltend zu machen, welche dem nachherigen Beſitzſtand der Klägerin entgegenſtehen könnten.

c) Bei dieſer Sachlage brauchte auf den Inhalt der ferneren pag. 31.
Protocolle von 1845—1847, und die Frage, ob danach die Stellung der Klägerin etwa noch ungünſtiger werde, und ſie zu Begründung ihrer Klage eine erſt nach 1847 fallende Veränderung der Deichdoſſirung behaupten müßte, nicht eingegangen zu werden.

Die Prozeßkoſten erſter Inſtanz fallen der Klägerin auch bei der veränderten Art der Klagabweiſung zur Laſt, wogegen die hierin liegende reformatoria einen hinreichenden Grund bot, die Koſten zweiter und dritter Inſtanz zu compenſiren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen des Lieutenants in der königlich großbritannischen Marine Thomas Edward Symonds, Beklagten jetzt Appellanten, wider Charles Tyng zu Havana, Kläger jetzt Appellaten, die durch Aufbringung des Schiffs Julius und Eduard den Ladungsinteressenten erwachsenen Schadensansprüche betreffend, wird die von dem abgegangenen Procurator des Beklagten übergebene Substitutions-Anzeige dem Kläger, die von diesem eingereichte Legitimations-Anzeige nebst Vollmacht hingegen dem Beklagten hieneben abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 15. März 1858 wieder aufzuheben und der Kläger mit dem erhobenen Schadensanspruche ab und zur Ruhe zu verweisen sei.

Die in der Sache aufgewandten Kosten werden, soweit nicht bereits rechtskräftig darüber erkannt ist, gegen einander verglichen und aufgehoben, und nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. September 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Der Beklagte hat gegen den Schadensanspruch des Klägers zunächst verschiedene Einwendungen erhoben, welche in den vorderen Instanzen Gegenstand umfänglicher Verhandlungen geworden sind, indem er theils die Berechtigung des Klägers zu irgend welchem Schadensanspruche aus dem Grunde, weil der Tractat von 1833 im Art. 8 unter den dort angegebenen Voraussetzungen nur dem Eigenthümer der Ladung eines aufgebrachten Schiffes einen Schadensanspruch zuerkenne, theils seine Legitimation zur Sache in anderer Richtung bestritten, sodann aber eingewendet hat, daß keiner der Gründe, aus welchen nach Art. 8 cit. der Schadensanspruch erhoben sei, hier vorliege, indem der Julius & Eduard von ihm weder widerrechtlich (illegally) noch auch ohne hinreichenden Verdachtsgrund durchsucht und angehalten sei.

pag. 3. Außer diesen Einwendungen hat der Beklagte aber die Einrede geltend gemacht, daß der Kläger, weil erwiesen vorliege, daß die Ladung des Julius & Eduard die Bestimmung gehabt habe, dem Sclavenhandel Vorschub zu leisten, nach dem Bremischen Gesetze gegen den Sclavenhandel vom 20. Februar 1837, wegen Aufbringung eben dieser Ladung keine Schadensansprüche geltend machen dürfe. Und es ist klar, daß, wenn diese Einrede für formell zulässig und materiell begründet, auch bereits liquide erachtet werden sollte, es dann eines Eingehens in sämmtliche übrige Streitpunkte nicht bedarf. Denn sollte einerseits der Kläger auch übrigens zur Erhebung seines Anspruchs legitimirt, sollte andererseits der Beklagte auch tractat-

pag. 4. widrig verfahren haben, auf alles Dieses kommt es nicht an, wenn dem Kläger aus dem obigen Grunde ein Forderungsrecht nicht zusteht.

Digitized by Google

Nun aber ist

I) die formelle Zulässigkeit dieser Einrede nicht zu beanstanden.

Zwar ist sie erst in zweiter Instanz im Revisionslibelle bestimmt als eine selbstständige Einrede geltend gemacht worden.

O. G. Act. Nr. 230 S. 156 u. f.

Denn wenn gleich schon in erster Instanz der Beklagte den Versuch gemacht hat, die Aufbringung des Schiffs durch Herbeiziehung des Bremischen Strafgesetzes zu rechtfertigen und aus diesem Grunde den Schadensanspruch des Klägers zu bestreiten, so ist dies doch ein von der gegenwärtigen Einrede ganz verschiedener Einwand, der daher auch im Revisionslibelle an einer anderen Stelle umständlich erörtert ist.

Ebendas. S. 122—131.

Indessen waren nicht nur schon in erster Instanz die That- pag. 5.
sachen, auf welche die gegenwärtige Einrede gegründet wird, wiederholt behauptet worden, sondern es finden sich auch schon in erster Instanz Hindeutungen auf die rechtlichen Folgen, welche der Beklagte in der Einrede aus denselben zieht.

O. G. Act. Nr. 223. S. 138. Nr. 224. S. 53.

Auch hat sich der Kläger in seiner Vernehmlassung zweiter Instanz auf die Einrede ohne irgend welche Verwahrung eingelassen und deren formelle Zulässigkeit in keiner Weise beanstandet.

O. G. Act. Nr. 275. S. 126 u. f.

II) Die materielle Erheblichkeit der Einrede unterliegt vollends nicht den mindesten Bedenken.

Das Bremische Strafgesetz erklärt nämlich nicht nur den Sclavenhandel selbst, sondern auch alle damit in Verbindung stehenden Gewerbe für Verbrechen, und bedroht daher auch den pag. 6.
welcher als Vorschußleister oder Versicherer den Sclavenhandel befördert, mit Strafe.

Art. 1 und 2.

Hat also die Ladung des Julius & Eduard die Bestimmung gehabt, entweder in Cabenda Sclaven einzutauschen, oder haben einzelne Theile derselben bei einem Transport von Sclaven

dienen sollen, so hat der Kläger ein nach Bremischem Rechte verbrecherisches Geschäft befördert, und da nach bekannten Rechten Niemand aus einem negotium illicitum Rechte herleiten kann, so steht dem Kläger, wenn er deshalb, weil er durch den Beklagten mittelst Aufbringung des Julius & Eduard an der Ausführung seines Geschäfts gehindert worden, oder in dieser Beziehung Nachtheile erlitten hat, eine Klage erhebt, die exceptio
pag. 7. doli entgegen, möchte auch sonst wegen illegalen oder schuldvollen Verfahrens die actio Legis Aquiliae begründet sein.

Es fragt sich daher

III) ob das Thatsächliche dieser Einrede auch bereits genügend erwiesen ist. Allein auch dies mußte aus folgenden Gründen angenommen werden.

A) Schon in seiner als Befehlshaber des Persian dem Criminalgerichte übergebenen Declaration hatte der Beklagte den Kläger als einen notorischen Abladen von Slave-cargoes bezeichnet.

Unters. Act. Nr. 1.

und dem entsprechend, hatte der Lieutenant Thurburn in einem zu den Untersuchungsacten gegebenen Aufsatze

— ebendas. Nr. 32 —

dessen Inhalt er demnächst eidlich bestärkt hat

Act. p. 9
pag. 8. und in welchem er ebenfalls den Kläger einen bekannten Verschiffer von Slave-cargoes nennt, zur näheren Begründung sich darauf berufen, daß er selbst Thurburn, an der Aufbringung dreier des Sclavenhandels verdächtiger Schiffe Theil genommen habe, in welchen der Kläger der Hauptinteressent gewesen sei. Und diese beeidigte Angabe ist durch das demnächst sowohl in der Untersuchung als in dem späteren Civilverfahren Beigebrachte nicht nur zu völliger Gewißheit erhoben, sondern es haben sich daraus noch andere für die gegenwärtige Sache höchst erhebliche Umstände ergeben.

1) Mittelst eines aus dem auswärtigen Amte an den Lieutenant Thurburn gerichteten Schreibens vom 31. Juli 1841 sind demselben Auszüge aus officiellen beim Lord Palmerston eingegangenen Berichten der königl. Commissare bei dem mixed

Digitized by Google

court zu Sierra Leone und zu Havana mitgetheilt und nebst pag. 9.
jenem Schreiben zu den Unterſuchungsacten gebracht worden,

— Unterſ. Act. Nr. 82. 83 —

welche wegen dieſes ihres Urſprunges formell vollen Glauben verdienen und Folgendes enthalten:

a) Nach einem vom 12. März 1840 datirten Berichte der Commissioners zu Sierra Leone ward am 9. d. M. von dem ſpaniſch engliſchen mixed court of justice an gedachtem Orte das, den als notoriſchen Sclavenhändler bezeichneten Havaneſer Kaufleuten Pedro Martinez & Co. gehörige Schiff „Asp“ condemnirt. Es war in Havana von dem Kläger in der doppelten Eigenſchaft als Agent der Rheder, um deren berüchtigten Namen zu verdecken, und als Ablader der ebenfalls den Rhedern gehörigen Ladung expedirt, und zum Scheine mit einem amerikaniſchen Capitain und amerikaniſcher Mannſchaft, in Wahrheit pag. 10.
aber mit einem ſpaniſchen Capitain und ſpaniſchen Matroſen, welche als Paſſagiere mit Päſſen verſehen waren, beſetzt. Nachdem es in der Bay von Benin die Ladung gelöſcht hatte und im Begriffe ſtand in dem Rio de Nun Sclaven einzunehmen, ward es von einem engliſchen Kreuzer angehalten.

b) Ein beim Lord Palmerſton eingegangener Bericht der Commissioners bei dem mixed court zu Havana vom 15. Juni 1840 beklagt es, daß am dortigen Platze der Mißbrauch der nordamerikaniſchen Flagge zum Behuf des Sclavenhandels noch immer fortdaure und hebt es hervor, daß von acht ſolchen im gedachten Jahre dort abgegangenen Schiffen nicht weniger als fünf, einzeln aufgeführte von dem dort wohnenden Amerikaner Charles Tyng expedirt worden ſeien, eben demſelben, welcher Agent, wenn nicht Eigener, des im Jahre 1839 an der afrika- pag. 11.
niſchen Küſte aufgebrachten und demnächſt in den vereinigten Staaten condemnirten Sclavenſchiffs „Catharine“ geweſen ſei: über welchen Fall, ſo wie über den des ebenfalls hier erwähnten Schiffs „Plant“ unten das Nähere folgen wird.

Ferner war in der Unterſuchung beigebracht worden

2) in gehörig beglaubigter Form die von Richard Robert Madden „lately Superintendent of liberated Africans at the

Havana and acting Arbitrator at the mixed Commission Court at the Havana and Commissioner of inquiry on the western coast of Africa, in welcher ſeiner Eigenſchaft er auch in den officiell gedruckten Slave-Papers vorkommt,

Class. A—D. 1840 p. 147. Nr. 109. 1841 p. 169. Nr. 29.

pag. 12. am 29. Juli 1841 vor dem Police office zu Dublin abgegebene eidliche Erklärung im Weſentlichen dahin gehend, daß während ſeines Aufenthaltes zu Havana bis Ende 1839 der dort als Makler anſäſſige amerikaniſche Bürger Charles Tyng was largely engaged in the sale and Chartering of American ships for the Slave trade and the conveyance of stores of all kinds adopted to the traffic in Slaves . . ., indem er der Zeuge, deſſen öffentliche Stellung ihn zu genauen Nachforſchungen in Betreff des Sclavenhandels verpflichtete, von dieſem, überdies in Havana notoriſchen, Factum genaue Kenntniß erlangt habe.

Unterſ. Act. Nr. 83.

In dem demnächſtigen Civilverfahren ſind nun aber in der Reviſions-Inſtanz, was indeſſen nach der Bremiſchen Gerichts-
pag. 13. ordnung § 504 in dieſem Falle durchaus zuläſſig war, zum weiteren Beweiſe Stücke der bekannten vorerwähnten officiellen Abdrücke der Slave-trade Papers beigebracht werden:

D. Ger. Act. Nr. 257—260.

aus welchen ſich, ohne daß in deren Inhalt näher eingegangen zu werden braucht, Folgendes mit völliger Evidenz ergiebt.

3) Das ſchon oben unter 1. b. erwähnte, im Sommer 1839 von Havana nach der Weſtküſte Afrika's expedirte ſpaniſche, aber unter nordamerikaniſcher Flagge fahrende Schiff „Catharine", ward von einem engliſchen Kreuzer angehalten, nach Newyork gebracht und dort im Jahre 1841 von dem supreme court als überführt, in der Abſicht gechartert zu ſein, um Sclaven zurückzubringen, wofür ſich die unzweideutigſten Beweiſe im Schiffe vorgefunden hatten, condemnirt. Und dieſes Schiff war von
pag. 14. dem jetzigen Kläger Tyng als Agent der Eigenthümer, eben dem John S. Thraſher, welcher ſich in dem gegenwärtigen

Digitized by Google

Prozeſſe als Generalbevollmächtigter und Procuriſt des Klägers ausgewieſen hat,

— D. Ger. Act. Nr. 265 —

verchartert; und auch hier hat ſich in der Unterſuchung herausgeſtellt, daß die 25 Spanier, welche nebſt einem Supercargo die Reiſe von Havana als Paſſagiere und mit Päſſen verſehen mitmachten, in Wahrheit beſtimmt waren, demnächſt die Sclavenladung zurückzuführen, wie ſich aus der bei einem derſelben gefundenen, anſcheinend von dem Kläger herrührenden geheimen höchſt gravirenden Inſtruction für den Capitain dieſer Umſtand und überhaupt die illegale Beſtimmung des Schiffes deutlich ergab.

D. Ger. Act. Nr. 257.

4) Aehnlich verhielt es ſich mit dem oben unter 1. b eben- pag. 15.
falls erwähnten Schiffe „Plant", welches am 8. September 1840 von dem ſpaniſch-engliſchen mixed court zu Sierra Leone wegen erwieſener Beſtimmung der Ladung zum Ankauf von Sclaven condemnirt ward. Wahrer Eigenthümer des Schiffes und der Ladung war das in dem Berichte der Commissioners an Lord Palmerſton als well-known slaving-house bezeichnete Havaneſer Haus Abreo & Mazorra. Als Ablader figurirte aber in den Schiffspapieren wiederum der Kläger Charles Tyng, von dem ſich auch eine oſtenſible Inſtruction an den Schiffer vorfand, nach Löſchung der Ladung in Popoe in „Ballaſt" heimzukehren, während andere geheime Inſtructionen der wahren Ladungseigner entdeckt wurden, wonach der Erlös der Ladung zum pag. 16.
Ankauf von Sclaven verwendet werden ſollte.

D. Ger. Act. Nr. 258.

5) Unterm 8. Januar 1845 berichtete der Commissary judge zu Havana an Lord Aberdeen: am 25. December ſei dort ein amerikaniſcher Schooner „Spitfire" abgeſegelt, dispatched at the customhouse for Cape Verd by Charles Tyng whose transactions with the slave traders have been before so frequently noticed. Es ſei kein Zweifel, daß dieſes Schiff beſtimmt ſei Sclaven zurückzubringen.

D. Ger. Act. Nr. 259. Depeche Nr. 128 auf der letzten Seite.

Digitized by Google

Und dieſe Annahme hat ſich als wohlbegründet erwieſen, indem laut einer Depeche des engliſchen Viceconſuls Elliot zu Boſton vom 6. October 1846 dieſes Schiff an der Weſtküſte
pag. 17. Afrika's aufgebracht, nach Boſton geführt und hier als überwieſen zum Sclaventransport ausgerüſtet zu ſein, condemnirt worden iſt.

D. Ger. Act. Nr. 260.

Nach allem dieſen dürfte die Eigenſchaft des Klägers als eines überwieſenen Vermittlers des Sclavenhandels feſtſtehen, und es braucht nicht noch geltend gemacht zu werden, daß nach einem unzweifelhaft aus dem engliſchen Miniſterium mitgetheilten, wenngleich unbeglaubigten Documente, der Befehlshaber eines engliſchen Kreuzers an der weſtafrikaniſchen Küſte ſich dahin erklärt hat, der Name des Klägers ſei ihm nur in Beziehungen zum Sclavenhandel vorgekommen.

D. Ger. Act. Nr. 262.

Für den vorliegenden Fall aber iſt es von der größten
pag. 18. Bedeutung, daß nach dem Obigen das Geſchäft des Klägers darin beſtand, die widergeſetzlichen Unternehmnngen ſpaniſcher Sclavenhändler gegen die ſtrengeren ſpaniſchen Geſetze dadurch zu decken, daß er, als amerikaniſcher Bürger, zum Ablader der von Jenen zum Zwecke des verbotenen Handels zu verſchiffenden Güter ſich hergab.

Denn

B) es iſt vollſtändig erwieſen, daß auch in dem gegenwärtigen Falle die Ladung des Julius & Eduard nicht ſein Eigenthum, ſondern das eines ſpaniſchen Havaneſer Kaufmanns Francisco Riera war. Hierfür liegt nämlich vor

1) die laut einer ordnungsmäßig beglaubigten Acte von dem Generalbevollmächtigten des Klägers und Procuriſten ſeiner Handlung John S. Thraſher am 30. December 1841 in Havana vor Notar und Zeugen abgelegte ſehr beſtimmte Erklärung,

pag. 19. D. Ger. Act. Nr. 263.

welche er demnächſt laut eines ebenfalls in genügend beglaubigter Form vorgelegten Affidavit am 11. Mai 1852 bei ſeiner

Digitized by Google

damaligen Anwesenheit in London vor dem Lord Mayor wiederholt und beeidigt hat.

ebendas. Nr. 273.

Allerdings zwar entsteht hier das Bedenken, daß derselbe Thrasher am 30. October 1841 vor dem Stadtgerichte zu Havana eidlich das Gegentheil ausgesagt hat, nämlich, daß die Ladung des Julius & Eduard nicht nur von dem Kläger für seine Rechnung und Gefahr expedirt worden, sondern auch dessen alleiniges Eigenthum gewesen sei.

Unters. Act. Nr. 101. p. 5—6.

Allein wollte man auch deshalb auf dessen spätere eidliche Erklärung nur geringen Werth legen, so liegt doch für die pag. 20.
Wahrheit derselben folgendes Weitere vor, nämlich

2) eine von Michael Moore, dem Theilhaber der Handlung J. Robert & Co. zu Neworleans, welcher daselbst die Versicherung der fraglichen Ladung besorgt hat, vor dem dortigen Friedensrichter unter Bezugnahme auf eine gleich näher zu erwähnende Correspondenz, abgegebene beeidigte und in glaubhafter Form zu den Acten gebrachte Erklärung, daß der wahre Versicherte der Ladung Francisco Riera in Havana, und daß ihm oder seiner Handelsfirma keine andere Person als wirklicher Eigenthümer der unter dem Namen von Charles Tyng verschifften Ladung bekannt sei, und daß Niemand anders als Francisco Riera die in Beziehung auf die Wiedererlangung der Ladung aufgewendeten Kosten bezahlt habe.

O. Ger. Act. Nr. 267.

3) Die in erster Instanz in glaubhafter Form beigebrachte, pag. 21.
und aus dem Gesichtspuncte eines unzulässigen Novums vom Kläger nicht beanstandete, auf die Versicherung der fraglichen Ladung sich beziehende Correspondenz nebst Contocourante zwischen dem Handlungshause J. Robert & Co. zu Neworleans und Francesco Riera zu Havana, welche die sub 2 erwähnte Aussage vollkommen bestätigt, indem unterm 11. November 1840 Francisco Riera dem gedachten Hause den Auftrag ertheilt, die von ihm per Julius & Eduard nach Cabenda verladenen Waaren versichern zu lassen und dabei des Charles Tyng nur

als seines Commissionairs in unten näher zu berührender Weise gedenkt, indem auch er für die gezahlte Prämie in Rechnung
pag. 22. belastet ist, und er, nachdem die Nachricht von der Anhaltung und Aufbringung des Julius & Eduard nach Havana gelangt war, unterm 19. April 1841 schreibt, daß er die Ladung des gedachten Schiffes abandonniren wolle.

D. A. Ger. Act. Nr. 7 und 8.

Nun aber ist, wenn ein in Havana ansässiger spanischer Kaufmann sich zur Verschiffung von Waaren und namentlich nach der Westküste Afrika's des Klägers, als eines amerikanischen Bürgers, bediente, kaum ein anderer Zweck denkbar, als der, welcher der Abladung auf den Namen des Klägers in den oben erwähnten Fällen zum Grunde lag. Wenigstens streitet nach demjenigen, was über den Geschäftsbetrieb des Klägers in dem Obigen als erwiesen vorliegt, eine so starke Präsumtion dafür, daß es auch in diesem Falle sich davon gehandelt habe, einer auf den Import von Sclaven gerichteten Unternehmung
pag. 23. Vorschub zu leisten, daß nur wenig hinzuzukommen braucht, um dies für vollständig erwiesen anzunehmen. Es liegen darüber aber auch noch folgende weitere Beweise vor, nämlich

C) Erklärungen und Zeugnisse, welche besagen, daß in diesem Falle dolose Verdeckung des wahren Abladers bezweckt worden sei.

1) Francisco Riera schreibt in dem gedachten Briefe vom 11. November 1840 an J. Robert & Co.:

> For Your government and for that of the underwriters I must inform You, that this shipment is being made in the name of . . . . . Mr. Charles Tyng, in order thus to avoid inconveniences (para de este modo evitar motivos)

eine Mittheilung, die auch Robert & Co. so verdächtig erschien,
pag. 24. daß sie, nachdem das Schiff wegen Verdachts des Sclavenhandels aufgebracht war, bei Riera anfragten, weshalb denn die Abladung in solcher Weise geschehen sei.

D. A. Ger. Act. Nr. 8. p. 6.

Digitized by Google

2) John S. Thrasher, der obgedachte Generalbevollmächtigte des Klägers, hat eine bereits in Havana am 13. Septbr. 1843 vor Notar und Zeugen abgegebene Erklärung, daß die Abladung des Julius & Eduard auf den Namen des Klägers nur geschehen sei, um den wahren Eigenthümer der Ladung zu verheimlichen,

D. Ger. Act. Nr. 263.

am 11. Mai 1852 vor dem Lord Mayor von London dahin näher abgegeben und beeidigt, die Abladung auf den Namen des Klägers sei geschehen.

> in order to protect the said cargo from seizure and from the penal consequences, to which as Spanish property it would be liable as being trading pag. 25.
> in violation of the treastise concluded between England and Spain and other states for the suppression of the slave trade.
>
> D. Ger. Act. Nr. 273.

Freilich steht dieser Erklärung das oben bereits angeregte Bedenken entgegen, daß dieser Zeuge früher angegeben hat, der Kläger sei Eigenthümer der angehaltenen Ladung. Allein ein adminiculirendes Gewicht darf derselben unter den Umständen des vorliegenden Falles, wo für die Wahrheit dieser seiner letzten Erklärung so viele anderweite Beweise vorliegen, wohl unbedenklich beigelegt werden. Zu diesen gehört

D) der Inhalt der Ladung.

Zwar ist es bedenklich, mit dem Beklagten daraus, daß die Ladung manche Gegenstände enthielt, die bei den Negern der pag. 26.
Westküste beliebt sind, ein Argument dafür herzunehmen, daß die Ladung zum Eintausch von Sclaven bestimmt gewesen sei, da man auch zu einem erlaubten Handel vernünftigerweise keine anderen Artikel wählen wird. Ein sehr erheblicher Umstand für den Beweis, daß die Unternehmung jenen verbotenen Zweck gehabt habe, ist es dagegen, daß sich in der Ladung Gegenstände vorgefunden haben, deren ausschließliche Bestimmung ist, bei Sclaven-Verschiffungen gebraucht zu werden, die also nur hiezu, nicht zu einem erlaubten Handel haben dienen sollen.

Digitized by Google

Es haben sich nämlich in der Ladung des Julius & Eduard bei deren Untersuchung in Bremerhaven unter anderem vorgefunden zwei Kisten und ein Faß mit lackirten resp. un-
pag. 27. lackirten blechernen Trinkbechern,

Unters. Act. S. 32 und 34.

16 Stück blecherne topfartige Gefäße (11 größere, 5 kleine)
6 blecherne Hängelampen, 3 Laternen mit Horn,

ebendas. S. 33.

ein Faß mit Hängeschlößern, vier Ballen mit Säcken,

ebendas. S. 34.

und endlich eine nicht unbedeutende Quantität verschiedener Arzeneimittel und Salben.

ebendas. S. 31. 33—35.

Nun hat aber

1) der Lieutenant Thurburn in seiner am 15. Mai 1841 dem Criminalgerichte eingereichten und demnächst beeidigten

ebendas. S. 43.

Erklärung

ebendas. S. 32.

angegeben

pag. 28. a) er wisse bestimmt, daß Arzeneien von den Eingebornen gar nicht gebraucht werden, sondern nur für verschiffte Neger bestimmt seien;

b) die blechernen topfartigen Gefäße dienten ebenfalls auf Sclavenschiffen zur Speisung der Sclaven und hießen daher gewöhnlich Slavetins, indem gleichzeitig aus den größeren 12, aus den kleineren 6 Sclaven äßen.

c) Das Gleiche gelte von den blechernen Trinkbechern, indem er eben solche auf einem von ihm aufgebrachten Sclavenschiffe gefunden habe.

Sodann hat er in seiner mündlichen Vernehmung noch hinzugefügt,

d) daß er auch die übrigen obigen Gegenstände jederzeit auf Sclavenschiffen gesehen, indem namentlich Laternen, wie die vorgefundenen, eigens so eingerichtet seien, daß sie nur wenig

Digitized by Google

Licht verbreiteten, was Sclavenſchiffe vermeiden müßten, und die Hängelampen in den unteren Räumen der Sclavenſchiffe aufgehangen würden. pag. 29.

Unterſ. Act. S. 43.

Ferner haben von den engliſchen Matroſen, welche den Julius & Eduard nach Bremerhaven gebracht und denen die obigen Gegenſtände vorgezeigt wurden, eidlich ausgeſagt;

2) John Barrit, welcher angiebt oft auf Sclavenſchiffen geweſen zu ſein:

a) Die topfartigen blechernen Gefäße ſeien ſolche, aus welchen die Sclaven eſſen, aus den größeren 12, aus den kleineren 6.

b) Die Hängelampen habe er Zwiſchendeckes in den Sclavenſchiffen geſehen, um ſowohl den Sclaven als ihren Aufſehern zu leuchten.

c) Laternen, wie die vorgefundenen, dienten dazu, um auf dem Deck der Sclavenſchiffe angezündet zu werden und damit hinunter Zwiſchendecks zu gehen; ſie hätten nur eine kleine Stelle, durch welche das Licht falle, um ſie leicht unter der Jacke vor der Bruſt verbergen zu können. pag. 30.

d) Solche Säcke dienten, wie er geſehen, auf Sclavenſchiffen zur Aufnahme von Farina oder Reis.

e) Mit ſolchen Hängeſchlöſſern würden, wie er geſehen, die Sclaven an die Stangen geſchloſſen.

f) Auch ſolche unlackirte Trinkbecher habe er auf Sclavenſchiffen geſehen.

Unterſ. Act. S. 45.

3) John Daves, welcher angiebt, bei der Anhaltung von ſechs Schiffen geweſen zu ſein, welche Sclaven an Bord gehabt:

Topfartige blecherne Gefäße von derſelben Größe und Form, wie die vorgezeigten, habe er auf den Sclavenſchiffen geſehen;

Unterſ. Act. S. 46.

und

4) Robert Underholt, welcher angiebt, einmal 18 Tage auf einem angehaltenen Sclavenſchiffe geweſen zu ſein; er habe auf pag. 31.

diesem Schiffe sowohl die topfartigen blechernen Gefäße, und zwar die kleineren, als auch die blechernen Trinkbecher gesehen.

Unters. Act. S. 48.

Und diese Aussagen gewinnen um so größere Bedeutung, wenn man hinzunimmt

E) daß der Julius & Eduard nach Cabenda gechartert war, indem die beeidigte Erklärung des Lieutenants Thurburn vorliegt, daß die Artikel, welche angeblich für die Ladung hätten eingetauscht werden sollen, Elfenbein und Palmöl, in Cabenda keinen Gegenstand des Handels bildeten, daß wenigstens während seines zweijährigen Dienstes an der Westküste Afrika's dergleichen von Cabenda überall nicht exportirt worden sei; daß dagegen der ganze Sclavenhandel des Congoflusses sich wegen scharfer
pag. 32. Bewachung des letzteren nach Cabenda gezogen habe, und daß er nach eigener Wissenschaft und der vieler Officiere die vollkommene Ueberzeugung habe, daß es dort nur Sclavenhändler und deren Helfershelfer gegeben habe, und daß aus diesem Grunde während seiner Anwesenheit an der Küste jährlich gegen 50 zum Sclavenhandel bestimmte Schiffe nach Cabenda gekommen seien:

Unters. Act. Nr. 32.

eine Erklärung, welche durch das dem Bevollmächtigten des Beklagten von der englischen Regierung zugegangene Schreiben des Kronanwalts Wm. Rothery an das Schatzamt vom 27. Februar 1849 Unterstützung erhält, insofern in diesem, formeller Beglaubigung allerdings ermangelnden Documente, dessen Aechtheit aber seinem Ursprunge wie Inhalte nach nicht füglich bezweifelt werden kann, Berichte zweier vor Cabenda stationirt
pag. 33. gewesener höherer Seeofficiere mitgetheilt werden, welche sich über die Verhältnisse jenes Orts zur betreffenden Zeit ebenso aussprechen, wie Lieutenant Thurburn:

D. Ger. Act. Nr. 262.

wie denn in diesem Schreiben auch die eidliche Erklärung des Letzteren, daß nach der von ihm eingezogenen Erkundigung ein

Digitized by Google

Mr. Watkinſon, der angebliche Conſignatar der Ladung des Julius & Eduard,

Unterſ. Act. Nr. 27.

zur betreffenden Zeit in Cabenda gar nicht exiſtirt habe,

ebendaſ. Nr. 32.

ebenfalls volle Beſtätigung erhält.

Alles bisher erörterte zuſammengenommen, konnte es, wie geſagt, kein Bedenken haben, es für erwieſen anzunehmen, daß der Kläger ſich zum Vermittler einer auf Sclavenhandel abzielenden Unternehmung hergegeben habe, und es konnte daher pag. 34. nur noch die Frage entſtehen, ob darauf hin ſofort nach Abweiſung der Klage, oder aber, um dem Kläger Gelegenheit zum Gegenbeweiſe zu geben, noch erſt förmlich auf Beweis zu erkennen ſei. Allein obwohl das ſtrenge Proceßrecht das Letztere zu fordern ſchien, ſo hat man doch unter den beſonderen Verhältniſſen des gegenwärtigen Falles geglaubt, davon Umgang nehmen zu dürfen. Denn erſtlich ſind die Hauptmomente, auf welchen der Beweis beruht, nämlich die unter A. B. und D. dergeſtalt in Gewißheit geſetzt, daß ein Beweis des Gegentheils nicht wohl denkbar iſt. Auch hat zweitens, obgleich die Beſchuldigung, daß der Kläger ein notoriſcher Ablader von Slavecargoes und daß auch die gegenwärtige eine ſolche geweſen ſei, mit allen für das Letztere ſtreitenden Momenten bereits in der Unterſuchung geltend gemacht und in dem ferneren Verfahren nach und nach immer mehr begründet worden iſt, gleichwohl der pag. 35. Kläger im Laufe der ſeitdem verfloſſenen zwanzig Jahre nicht nur nie den Verſuch gemacht, die verſchiedenen gegen ihn ſtreitenden Beweiſe durch Gegenbeweismomente zu entkräften, ſondern ſich einen ſolchen Gegenbeweis auch nicht einmal vorbehalten, daher füglich angenommen werden dürfte, daß er dazu nicht im Stande ſei.

Bei erfolgender Reformatoria rechtfertigt ſich die Vergleichung der Koſten dieſer Inſtanz von ſelbſt. Die der vorigen bildet keinen Gegenſtand der Beſchwerde des Beklagten und die

der ersten Instanz ebenfalls zu compensiren, erschien, ungeachtet der nunmehr erkannten Abweisung der Klage deshalb angemessen, weil der Grund, aus dem diese Abweisung erfolgt, überall keinen Gegenstand der ersten Verhandlungen gebildet hat.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Urtheil.*)

In Sachen des Lieutenants in der königlich großbritanniſchen Marine Thomas Edward Symonds, zur Unterſuchungsſache wider Ratje Siedenburg und Conſorten zu Bremen, in Betreff der angeſchuldigten Verwendung des Bremiſchen Barkſchiffes Julius und Eduard zum Sclavenhandel, jetzt wegen Erſtattung der Koſten des Criminalgerichts, erkennt das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Berufung für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanſeſtadt Bremen vom 29. September 1855, wie hiemit geſchieht, wieder aufzuheben und der Appellant von Erſtattung der von dem Criminalgerichte in der rubricirten Unterſuchungsſache aufgewandten und in [165] und [138] und in der Regiſtratur vom 3. März 1852 ſpecificirten, ſo wie der Koſten des weiteren Verfahrens freizuſprechen ſei.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. September 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

*) Der Abdruck dieſes Erkenntniſſes nebſt Entſcheidungsgründen in Betreff der Koſten der Unterſuchung wegen angeſchuldigter Verwendung des Schiffes Julius & Eduard zum Sclavenhandel erfolgt auf mehrfach geäußerten Wunſch und wegen des Zuſammenhangs mit der vorhergehenden Civilſache: Tyng cā. Symonds.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Wenn der Appellant zur Ablehnung seiner Verpflichtung, die in der rubricirten Untersuchungssache beim Criminalgerichte erwachsenen Kosten zu erstatten, sich

A) zunächst auf die, eine Competenz der Bremischen Gerichte allein begründenden Tractate vom 30. November 1831 und 22. März 1833 beruft, und aus dem Stillschweigen derselben in Betreff der Untersuchungskosten und namentlich aus dem Umstande, daß der Art. 8 des letzteren Tractats nur von Entschädigung der Schiffs- und Ladungsinteressenten durch den Captor rede, die Folgerung zieht, daß nach der Absicht der contrahirenden Mächte in allen Fällen der Freisprechung der Staat, bei dessen Gerichten die Untersuchung geführt sei, auch deren Kosten tragen solle, so hat diese Ansicht bereits in den
pag. 3. Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts vom 28. Februar 1845 über die damals an Dasselbe gelangte Nichtigkeitsbeschwerde eine ausreichende Widerlegung gefunden. Ueberdies steht dieser Ansicht über die Meinung der Tractate entschieden entgegen, daß, obwohl die, übrigens mit den vorliegenden im Wesentlichen übereinstimmenden Tractate, welche England vor und nach diesen mit andern Staaten geschlossen hat, ebenfalls von der eventuellen Verpflichtung des Captor zur Erstattung der Untersuchungskosten völlig schweigen, gleichwohl in den den Tractaten angehängten Regulativen für die dort angeordneten mixed courts, von denen die aufgebrachten Schiffe abgeurtheilt werden sollen, sich durchweg die Bestimmung findet, daß im Falle der Freisprechung des angehaltenen Schiffes,
pag. 4. wenn genügende Gründe dazu vorhanden seien, der Captor nicht nur die Schiffs- und Ladungsinteressenten entschädigen, sondern auch die entstandenen Untersuchungs- und anderen Kosten dem Gerichte erstatten soll.

Horstlet complete collection of the treatie. Vol. III. p. 409. 427. Vol. IV. p. 451. Vol. VI. p. 61 u. 127.

Digitized by Google

Eher ließe sich aus diesen Regulativen herleiten, daß nach der Absicht der contrahirenden Mächte die Frage von der Entschädigung der Schiffs- und Ladungsinteressenten und die von der Tragung der Untersuchungskosten nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen seien, indem in den Regulativen zwischen beiden kein Unterschied gemacht wird.

Allein es mußte

B) den vorigen Richtern darin beigetreten werden, daß nach dem Tractat vom 30. November 1831 Art. 7. Abs. 2 und dem pag. 5.
Tractat vom 22. März 1833 Art. 1. die Frage von dem Ersatze der Untersuchungskosten ebenso, wie die von der Entschädigung in diesem Falle nach Bremischen, also, da dieses hierüber keine besonderen Vorschriften enthält, nach gemeinem Rechte zu beurtheilen ist. Ist aber das, so treten für die Entscheidung jeder dieser beiden Fragen verschiedene rechtliche Grundsätze ein. Denn die Verpflichtung des Captor für Entschädigung der Schiffs- und Ladungsinteressenten ist lediglich nach den Grundsätzen der Aquilischen Klage zu beurtheilen und es genügt daher zur Verurtheilung des Captor jede wirkliche Verschuldung, ohne daß es auf den Grad derselben ankommt. Dagegen ist die Verurtheilung des lediglich als Denunciant zu behandelnden Captor in die pag. 6.
Untersuchungskosten, besonders da, wo er von Amtswegen handelte, nur dann gerechtfertigt, wenn er sich eines dolus oder einer culpa lata schuldig gemacht hat.

J. C. F. Böhmer meditat. in C. C. C. Art. 204. § 5.
J. P. Kress Commentatio in C. C. C. ad. Art. 204. p. 742 not. x.
J. Ch. Quistorp Beiträge S. 143—144.
Desselben Grundsätze des peinl. Rechts. Th. 2. §815.
Heucke Handbuch des Strafrechts. Th. 4. S. 460.
Bauer Strafprozeß ed. Morstadt. § 272. S. 268.
Müller Criminalprozeß § 204. Not. 19 in f.

Hiernach können diejenigen Gründe, welche das Obergericht bestimmt haben, in der Sache Charles Tyng ca. Symonds den pag. 7.
Beklagten zur Entschädigung des Abladers der Ladung des Julius & Eduard für schuldig zu erklären, für die gegenwärtig

Digitized by Google

zur Entscheidung stehende Frage, nicht schlechthin maaßgebend
sein, und daß sie es seien, ist auch früher vom Ober-Appella-
tionsgerichte keinesweges ausgesprochen worden. Denn in den
Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 28. Februar 1845 han-
delte es sich in der vom Obergerichte angezogenen Stelle lediglich
davon, zu zeigen, daß ebenso wie über die Entschädigungs-
ansprüche, auch über die Erstattung der Untersuchungskosten nicht
habe erkannt werden dürfen, ohne zuvor dem Lieutenant Symonds
pag. 8. rechtliches Gehör zu gestatten. Wenn nun, nachdem dies hin-
sichtlich der ersteren umständlich ausgeführt worden, in Betreff
der letzteren hinzugefügt wird, daß beide Fragen durchaus
connex seien und es bei der letzteren ebenfalls darauf ankomme,
ob bei der Aufbringung des Schiffs widerrechtlich oder ohne
hinreichende Verdachtsgründe verfahren sei, so ist damit nur die
factische Connexität beider Fragen ausgesprochen worden, nicht
aber daß sie in rechtlicher Beziehung ganz der gleichen Beur-
theilung unterlägen. Die ferner vom Obergerichte angeführte
Stelle aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 14. Januar
1852 findet sich aber in einer Ausführung darüber, daß der
Lieutenant Symonds von Neuem nichtiger Weise ohne vorgän-
giges Gehör in die Untersuchungskosten verurtheilt sei und
pag. 9. widerlegt grade den vom Obergericht in dessen Erklärung
auf die Nichtigkeitsbeschwerde daraus hergenommenen Einwand
gegen die behauptete Nichtigkeit, daß, weil die Verbindlichkeit
zur Entschädigung der Schiffs- und Ladungsinteressenten und
die zur Erstattung der Untersuchungskosten nach gleichen Grund-
sätzen zu beurtheilen sei, der Querulant kein materielles Interesse
bei einer besonderen Vertheidigung wegen des Kostenpunkts
gehabt habe, indem vom Ober-Appellationsgerichte geltend ge-
macht wird, der Querulant behaupte ausdrücklich, daß er diese
seine Vertheidigung auch durch specielle, bei der Entschädigungs-
frage nicht in Betracht kommende Momente zu begründen ver-
möge, und die Möglichkeit, daß er dazu im Stande sein werde,
lasse sich nicht bestreiten. Und deutlicher konnte das Ober-Appel-
pag. 10. lationsgericht, ohne unzulässiger Weise zu präjudiciren, die schon
damals von ihm gehegte Ansicht, daß es bei der Frage vom

Ersatz der Untersuchungskosten auf andere Grundsätze, als bei der Entschädigungsfrage, ankomme, nicht aussprechen.

Es war daher die gegenwärtige Frage aus dem oben angegebenen Gesichtspuncte zu prüfen.

Das Obergericht hat sich zur Rechtfertigung der Verurtheilung des Appellanten in die Criminalkosten sowohl auf die in dem in der Untersuchungssache am 15. April 1842, als auf die in dem in der Civilsache wider den gegenwärtigen Appellanten am 30. Juni 1851 abgegebenen Erkenntnisse enthaltenen Gründe bezogen, welche also sämmtlich in Betracht zu ziehen sind. Diese gehen nun dahin:

1) Der Appellant sei zu der Anhaltung und Aufbringung pag. 11.
des Julius & Eduard nicht legitimirt gewesen, weil die Bremische Vollmacht, kraft welcher er gehandelt, lediglich auf den Commander des Persian, Lieutenant Quin laute und keine Substitutionsclausel enthalte.

Diesem Grunde konnte jedoch nicht beigepflichtet werden.

Der Tractat von 1831 besagt im Art. 5:

> Les batimens de guerre réciproquement, autorisés à exercer la visite, seront munis d'une autorisation speciale de chaqu'un des gouvernements.

Und in Uebereinstimmung damit verpflichten sich die Senate der Hansestädte im Art. 4 des Accessionstractats vom 9. Juni 1837

> à fournir aux Commandants des croiseurs . . . les autorisations réquises par l'article 5 . . . aussitot, que les noms et le nombre de ces croiseurs leur pag. 12.
> aura été notifié.

Also Vollmachten für die Kreuzer sollen ausgestellt, nur Zahl und Namen der Schiffe sollen zu dem Behufe aufgegeben werden. Und zwar aus gutem Grunde, da, wenn man anders verführe, die Vollmachten, zumal bei der großen Sterblichkeit in der Nähe der Goldküste, häufig erlöschen, die Kreuzer sich also längere Zeit ganz ohne Vollmachten befinden würden. Lautete mithin im vorliegenden Falle die Bremische Vollmacht auf den Lieutenant Quin, als Commandeur des Persian, so war sie nicht

Digitized by Google

der physischen, sondern der Person des Commander als solchen ertheilt und bedurfte also keiner Substitutionsclausel und folglich war auch der Appellant, welcher erwiesenermaaße Nachfolger des Quin im Commando des Persian geworden war,
pag. 13. wenn nicht aus anderen Gründen zur Anhaltung des Julius & Eduard unbefugt, kraft der Bremischen Vollmacht allerdings dazu legitimirt.

II) Die Anhaltung und Aufbringung des Julius & Eduard sei vom Appellanten, auch dessen Legitimation vorausgesetzt, illegally, indument geschehen. Hier war dem Obergerichte darin allerdings beizutreten, daß, wenn dies der Fall gewesen, es jedenfalls für die Frage von der Entschädigung der Ladungsinteressenten darauf, ob die Anhaltung des Schiffes aus zureichenden oder unzureichenden Verdachtsgründen geschehen sei, nach der Bestimmung des Art. 8 des Tractats von 1833 nicht ankomme.

Dagegen konnte den Gründen, aus welchen ein illegales Verfahren angenommen worden ist, theils überhaupt nicht, theils wenigstens in der Anwendung auf die hier zu entscheidende Frage nicht beigepflichtet werden.

pag. 14. Als erster Grund wird geltend gemacht,

A) der Appellant habe das Schiff nach seiner eigenen Angabe in seiner Declaration

Untersuch. Act. Nr. 1

lediglich aus einem nicht tractatmäßigen Grunde, nämlich weil seiner Ansicht nach die Ladung des Schiffes den Zweck gehabt habe, to aid and abet the slave trade, aufgebracht.

Allein in seiner Declaration giebt der Appellant doch zunächst als Grund der Aufbringung die vorgefundene überflüssige Zahl von Wasserfässern, also einen Umstand an, der, wenn wahr, nach Art. 6 des Tractats von 1833, auf den er sich dabei ausdrücklich bezieht, nicht bloß einen tractatmäßigen Verdacht, sondern sogar eine rechtliche Vermuthung der wirklichen Betheiligung des Schiffs am Sclavenhandel begründet, und er
pag. 15. macht auch im Verfolg seiner allerdings etwas verworrenen Declaration noch weitere Umstände geltend, die unter die

Digitized by Google

Präſumtionen des Art. 6 fallen. Wenngleich er daher allerdings zugleich als ſeine feſte und gewiſſenhafte Meinung ausſpricht „that the said cargo is intended to aid and abet the slave-trade“, ſo iſt es doch mindeſtens zweifelhaft, ob er dies auch nur nebenher als dasjenige geltend macht, was ihn zur Aufbringung beſtimmt habe, und nicht vielmehr um die Bremiſchen Behörden, nach deren bei der Aburtheilung des Schiffs allein in Betracht kommenden Legislation wie nach der Engliſchen auch das aid and abet verpönt iſt, auf dieſen erheblichen Umſtand aufmerkſam zu machen;

B) der Appellant habe zur Zeit der Anhaltung des Julius & Eduard des von den Tractaten vorgeſchriebenen Ranges eines Lieutenants in der Marine entbehrt. pag. 16.

Dies iſt ein zweifelhafter Punkt. Indeſſen iſt ſoviel klar, daß den Appellanten hier der Vorwurf eines dolus, den ihm das Obergericht macht, ja auch nur der einer culpa lata nicht trifft. Wie das Obergericht und auch früher das Ober-Appellationsgericht

> Entſcheidungsgründe zum Erkenntniſſe vom 28. Februar 1845 S. 26—27.

angenommen hat, gehen die Beſtimmungen der hier in Betracht kommenden Tractate ihren Worten nach dahin, daß der anhaltende Officier eines Kreuzers mindeſtens Lieutenants-Rang haben müſſe. Allein es iſt doch ſchon in den am 28. Juni 1835, alſo längſt vor der Anhaltung des Julius & Eduard zwiſchen England und Spanien, und ebenſo in dem ſpäter am 20. Decbr. 1841 abgeſchloſſenen Quintupel-Vertrage zwar die Beſtimmung pag. 17.
des Vertrags von 1831 Art. 2, daß das Recht der Anhaltung nur ausgeübt werden ſoll

> by ships of war, whose commander shall have the rank of Captain or that of Lieutenant in the — — — navy,

wiederholt, aber dabei die ohne Zweifel durch die Praxis als durchaus nothwendig ſich erwieſene Ausnahme hinzugefügt:

> unless the command shall by reason of death or

Digitized by Google

otherwise have devolved upon an officer of inferior rank

Horstlet l. c. Vol. IV. p. 442. Vol. VI. p. 4.

Nun hat aber das Ober-Apellationsgericht schon in den obgedachten Entscheidungsgründen es als möglich hingestellt, daß diese Ausnahme als bereits in der Absicht der früheren Verträge
pag. 18. liegend zu betrachten sei. Ob dies Bedenken, wie das Obergericht umständlich ausgeführt hat, ein unbegründetes sei, kann hier dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls kann es dem Appellanten nicht wohl als grobes Verschulden angerechnet werden, wenn er diese Ansicht getheilt haben und zu denjenigen, wozu er nach dem spanischen Tractate und seiner demselben entsprechenden Instruction in Beziehung auf spanische und englische Schiffe ausdrücklich befugt war, auch bei einem bremischen Schiffe sich für berechtigt erachtet hat.

Außerdem hat das Obergericht für die illegale Anhaltung des Schiffes auch geltend gemacht,

C) der Appellant habe der Vorschrift des Tractats von 1831 Art. 6 und der Instruction sub. 1 zuwider weder vor
pag. 19. der Durchsuchung des Julius & Eduard die special orders, welche ihm dazu das Recht ertheilten, vorgezeigt, noch auch das dort vorgeschriebene Certificat ausgestellt;

D) er habe in Widerspruch mit Art. 1 des Tractats von 1833 die Führung des Julius & Eduard nach Bremen einem Officier übertragen, der damals ebenfalls nicht Lieutenants-Rang gehabt habe; endlich

E) er habe die beiden am Bord des Julius & Eduard vorgefundenen Passagiere gegen die klare Vorschrift der Instruction sub 4 in Afrika an's Land gesetzt, statt sie nach Bremen zu senden.

Indessen hat das Obergericht selbst auf diese Puncte mit Recht kein erhebliches Gewicht gelegt. Namentlich kommt in Betracht

ad C daß die hier erwähnten Verstöße, welche, zumal der
pag. 20. Capitain Siedenburg in der Untersuchung selbst angegeben hatte,

Digitized by Google

der Appellant habe ihm bevor er ihm erklärt, daß er das Schiff anhalten und nach Bremerhaven senden müsse, die Bremische Vollmacht für den Commandeur der Persian vorgezeigt,

Unters. Act. S. 11

als in erster Instanz vom Appellanten stillschweigend eingestanden nicht ohne Weiteres angenommen werden durften, nach der in zweiter Instanz vom Appellanten abgegebenen Erklärung

O. Ger. Act. No. 252

als erwiesen keineswegs gelten können und daher, wenn, was nicht der Fall ist, sie allein schon die Anhaltung zu einer illegalen und zum Kostenersatze verpflichtenden erachten, noch erst näher festgestellt werden müßten;

ad D) daß es mindestens zweifelhaft ist, ob dieser Umstand pag. 21.
die Visitation und Anhaltung des Julius & Eduard nach Art. 8 zu einer illegalen machen würde, und jedenfalls den Apellanten aus dem oben sub II. erwähnten Grunde ein grobes Verschulden nicht treffen würde, da die fragliche Vorschrift sich in den dort erwähnten Tractaten nicht mehr findet. Daß

ad E hierin eine illegale Aufbringung nicht begründet werden kann, ist in dem Erkenntnisse vom 15. April 1842 mit Recht anerkannt. Nun ist zwar in diesem Erkenntnisse

III.) die Freisprechung des Julius & Eduard und die Verurtheilung des Appellanten in die Criminalkosten auch darauf gegründet, daß die Aufbringung ohne hinreichenden Verdachtsgrund geschehen sei. Indessen kommt es nach dem Obigen, um die Verurtheilung des Appellanten in die Kosten zu rechtfertigen, pag. 22.
nicht darauf an, ob die Anhaltung auf einen Verdacht hin geschehen ist, der sich durch die Untersuchung als ein unbegründeter erwiesen hat, sondern darauf, ob der Appellant sich bei der Annahme genügender Verdachtsgründe mindestens eines hohen Grades von Leichtfertigkeit schuldig gemacht hat, und dies mußte entschieden verneint werden.

A) Der Appellant giebt in seiner Declaration

Unters. Act. No. 1

als Grund der ihn zur Anhaltung des Julius & Eduard bestimmt habe, zunächst an, daß das Schiff Wasserfässer bei sich

Digitized by Google

geführt habe, die einen weit größeren Wasservorrath halten konnten, als zu seinem Verbrauch als Kauffahrer erforderlich sei, indem die besagten Fässer mehr als 4000 Gallonen ent-
pag. 23. halten konnten, eine Quantität, welche nach dem Verhältniß von einer Gallone für jeden Mann per diem für acht Monate ausgereicht haben würde, und bezieht sich dabei auf den Tractat vom 22. März 1833 Ar. 6 sub 6. Nun hat es sich allerdings ergeben, daß der Appellant den Gehalt der 20 an Bord vorgefundenen Wasserfässer viel zu hoch angeschlagen hat, indem nach einer im Laufe der Untersuchung angestellten genauen Messung dieselben nur 41 Orhoft 28½ Viertel

Unters. Act. No. 55

also höchstens 2121 Galonen gehalten haben,

Gildemeister Verfahren ꝛc. S. 94.

mithin, auch wenn sämmtlich gefüllt, nach der vom Appellanten selbst angestellten Berechnung für die auf den Julius & Eduard vorgefundenen 16 Personen kaum für 18 Wochen ausgereicht
pag. 24. haben würden, während der Julius & Eduard 13 Wochen unterwegs gewesen ist. Und es läßt sich bezweifeln, ob der Art. 6, wenn er une quantité superflue (an unreasonable number) von Wasserfässern für genügend erachtet, um eine Vermuthung dafür zu begründen, daß das Schiff für den Sclavenhandel ausgerüstet sei oder solchen getrieben, einen nur so geringen Ueberfluß im Auge gehabt habe. Allein andererseits kommt in Betracht,

1) daß die nur durch eine genaue Messung constatirte zu hohe Schätzung des Gehalts der 20 Wasserfässer doch eine entschuldbare ist;

2) daß nach der Bremischen Verordnung vom 6. Juni 1842 § 10 auf den Auswandererschiffen für Reisen von 13 Wochen
pag. 25. nach Nordamerika für jeden Passagier nur 1 Orhoft Wasser mitgenommen zu werden braucht, und die Hamburgische Verordnung vom 30. April 1855 selbst für Reisen mit Auswanderern, deren Bestimmungsort in die Breitengrade der vorliegenden fällt, für 13 Wochen nur 1⅓ Orhoft per Mann fordert, daß also im vorliegenden Falle 21—22 Orhoft ausgereicht haben

Digitized by Google

würden, während der Julius & Eduard die doppelte Quantität an Bord gehabt hat;

3) daß bei solchem Ueberflusse es dem Appellanten wohl scheinen konnte, daß der Capitain sich mit dem im Art. 6 sub 6 vorgeschriebenen Certificate der Zollbehörde zu Havana hätte versehen müssen, und daß jedenfalls

4) die Zahl der Wasserfässer, wenn auch vielleicht nicht so groß, um geeignet zu sein, die Präsumtion des Art. 6 zu begründen, doch immerhin groß genug ist, um den darauf gegründeten Verdacht des Appellanten als keinen leichtfertiger Weise pag. 26.
gefaßten erscheinen zu lassen.

Sodann aber

B) kommt es, wie auch das Ober-Appellationsgericht früher ausgesprochen hat, in Beziehung auf die Verurtheilung des Captor zum Schadenersatz und in die Untersuchungskosten nicht bloß auf die in der ersten Declaration, sondern auch auf die demnächst von ihm oder seinem Vertreter geltend gemachten Verdachtsgründe an. Nun hat aber der Lieutenant Thurburn in einem zu den Acten gegebenen und demnächst beeidigten Aufsatze,

Untersuch. Act. No. 32 und S. 43

nicht nur die Angabe in der Declaration des Appellanten, daß der Ablader des Julius & Eduard ein bekannter Ablader von Slave-cargoes sei, näher begründet, sondern sich unter anderen auch darauf berufen, daß in Cabenda, dem Bestimmungsorte pag. 27.
des Schiffs, zur betreffenden Zeit nur Sclavenhandel getrieben sei und nur Vermittler dieses Handels gelebt hätten und daß eine Person Namens Watkinson, an welchen laut No. 27 der Untersuchungsacten die Ladung von dem Ablader consignirt sei, wie er schon früher erkundet, dort gar nicht existire. Und er hat ferner geltend gemacht, und beeidigt, daß sich in der Ladung Gegenstände befunden hätten, wie z. B. Arzneien, eine eigene Art von Laternen, blecherne Eßnäpfe, die nur auf Sclavenschiffen vorkämen.

Ob diese Thatsachen, die laut der Entscheidungsgründe zu dem unterm heutigen Datum abgegebenen Erkenntnisse in Sachen

Digitized by Google

des gegenwärtigen Appellanten ca. Charles Tyng theils vollständig, theils bis zu einem hohen Grade erwiesen sind, geeignet
pag. 28. waren, den Verdacht zu begründen, daß der Julius & Eduard bestimmt war, eine Sclavenladung einzunehmen, worauf es nach den Tractaten allein ankommt, um dessen Aufbringung zu rechtfertigen, und nicht vielmehr nun den Verdacht, daß die Ladung bestimmt sei zum Sclavenhandel zu dienen, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber darf behauptet werden, daß den Appellanten, wenn er auf diese zusammentreffenden Indicien hin das Schiff anhielt, der Vorwurf eines groben Verschuldens nicht trifft.

Sonach kommt es

C) darauf, daß, insofern der Appellant in seiner Declaration als Verdachtsgrund auch noch geltend macht, daß sich die (im Tractat von 1833 Art. 6 sub 8 erwähnten) großen copper boiles (coppers) an Bord gefunden hätten, und sofern sein Bre-
pag. 29. mischer Vertreter sich auch darauf beruft, daß die in der Ladung gefundenen blechernen Gefäße (tins) eben die im Art. 6 sub 7 erwähnten „messtubs or kids" seien, deren, den Bedarf der Mannschaft übersteigende Zahl als Präsumtion der tractatwidrigen Bestimmung des Schiffs gelten soll, Beides sich nach der von Gildemeister in seiner mehrfach in den Acten angeführten Schrift S. 96—98 und 98—100 gegebenen Ausführung allerdings als durchaus unbegründet erwiesen hat, nicht weiter an.

Mußte aus den obigen Gründen eine Freisprechung des Apellanten von Erstattung der Criminalkosten überhaupt erkannt werden, so bedürfen weder die weiteren Argumente, welche der Defensor des Appellanten dafür geltend macht, einer Widerlegung, noch auch die Frage, ob Letzterer eventualiter zur Erstattung aller ihm zur Last gebrachten Kosten verbunden sei, einer Erörterung.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Carl Pandorf in Bremen, Liquidantens jetzt Appellantens, wider Dr. Albers daselbst, als Concurs-Curator von N. D. H. Blohm & Sohn, Liquidaten jetzt Appellaten, Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 2. Januar d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Liquidanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei, und wird die Sache nunmehr an die Commission des Obergerichts zurückverwiesen.

Auch werden der Liquidant und sein Sachführer Dr. —— wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels ein Jeder in eine binnen vier Wochen, bei Vermeidung der Execution, an die Canzlei des Ober-Appellationsgerichts zu erlegende Strafe von dreißig Mark Crt. verurtheilt.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. October 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

Das vorige Erkenntniß war unbedenklich zu bestätigen. Es sind nämlich:

1) die bei dem vorliegenden Geschäfte Betheiligten dem Handelsstande angehörige Personen der Profitent Geldmakler,
pag. 2. der Cridar Kaufmann:

vgl. Verhdl. zwischen Senat und Bürgersch. 1848. S. 50.

2) sind die Forderungen, zu deren Sicherstellung das in der Obligation vom 2. Februar 1852 [30] bestellte allgemeine Pfandrecht ertheilt worden, ursprünglich aus Handelsgeschäften entsprungen. Daß die fragliche Summe ein Contocourantsaldo und aus successiven Vorschüssen des Geldmaklers hervorgegangen, und daß sie insofern aus Handelsgeschäften entsprungen ist, wird vom Liquidanten nicht in Abrede gestellt. Seine Meinung ist nur, durch die Obligation vom 2. Februar 1852 sei eine Ausscheidung dieser Forderung aus dem Handelsgeschäfts-Nexus erfolgt, und die betreffende Forderung habe den Character einer
pag. 3. gewöhnlichen Darlehns-Forderung angenommen, für welche ein gültiges allgemeines Pfandrecht bestellt werden könne. Allein auch dies mußte

3) nach §. 3 und 7 a. des Gesetzes vom 25. August 1848 entschieden verneint werden. Zwar konnte davon abgesehen werden, daß §. 2. bestimmte Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Gesetzes aufstellt und unter diesen Ausnahmen der vorliegende Fall nicht begriffen ist, da §. 2. die drei dort bezeichneten Ausnahmsfälle nicht ausdrücklich als die ausschließlich gelten sollenden hinstellt. Allein auch im Uebrigen läßt sich schwerlich irgend Etwas darüber sagen, daß der fragliche Fall nicht im Sinne des Gesetzes zu der prohibirten Categorie gehöre. Vielmehr mußte im Gegentheil angenommen werden, daß eine solche

Digitized by Google

Quasi-Ausscheidung aus dem ursprünglichen Handels-Nexus pag. 4.
grade nach Absicht der gesetzlichen Vorschrift von der gesetzlichen Prohibition betroffen werde.

Die deutliche und bestimmte Aeußerung des Liquidanten in der Replik [131] p. 2—3 läßt in facto keinen Zweifel, daß in der fraglichen Obligation ein Fall vorliegt, wie er sub 7 a. des Gesetzes vorgezeichnet ist. Nachdem der Liquidant die Cassirbücher [114, 115] als ächt anerkannt, fährt er nämlich also fort: am 2. Februar 1852 habe die Forderung laut Cassirbuch [114] Ld'or ℛ 28,375. 37 ℋ betragen, und sei am 4. Februar desselben Jahres auf Ld'or ℛ 30,000 - — - erhöht worden. Das Geschäftsverhältniß der Parteien sei bekannt. Liquidant habe den Cridaren baare Vorschüsse geleistet, für sie Wechsel discontirt und überhaupt mit ihnen in einer Verbindung gestanden, wie sie in Bremen zwischen dem Kaufmann und pag. 5.
Geldmäkler üblich sei. Als das Guthaben auf 30,000 ℛ angewachsen und die Cridare diesen erheblichen Posten durch Zahlung nicht zu tilgen vermocht, sei eine Vereinbarung in's Leben getreten, nach welcher Liquidant ihnen den Saldo gegen Bestellung einer Generalhypothek belassen habe. Die bezügliche Obligation sei zwar auf 34,000 ℛ ausgestellt, indeß könne dieser Umstand nicht befremden, da eine spätere Vergrößerung der Forderung denkbar sei und ein General-Pfandrecht auch für zukünftige Forderungen bestellt werden dürfe.

Nach diesem eigenen Eingeständnisse ist also die fragliche Obligation [30], obwohl sie den Worten nach eine Anleihe enthält und von ihrem Zusammenhange mit der bestehenden pag. 6.
Contocourantschuld nichts erwähnt, gleichwohl nicht auf Grund eines wirklichen Darlehns contrahirt, sondern nur durch Uebereinkunft der Betheiligten die ursprünglich aus Handelsgeschäften herrührenden Contocourantforderung ihrem Grunde nach verändert, nämlich als Darlehn nunmehr den späteren Cridaren belassen und für diese veränderte Forderung ein Pfandrecht bestellt worden. Das ist aber grade der Fall, den der §. 7 sub a. des Gesetzes zu derjenigen Kategorie zählt, wo die Absicht, die Vorschrift des Gesetzes unwirksam zu machen, vermuthet wird.

Auch kann es in Beihalt der in [114] bei dem 22. Janr. 1853, 11. und 15. Februar, 13. Mai, 14. Juni, 1. und 29. Juli, 5. Auguſt und 30. September 1854 erſichtlichen Notizen keinem Zweifel unterliegen, daß die Ausſcheidung ohne jede Realität
pag. 7. war, und die angeblich ausgeſchiedene Summe bei den betreffenden Abſchlüſſen fortwährend in Betracht gezogen worden iſt.

Bei dieſem völlig klaren Ergebniß des Ungrundes jeder Beſchwerde liegt die Frivolität der eingewendeten Appellation klar zu Tage, und mußte deshalb der Liquidant mit ſeinem Sachführer in eine Geldſtrafe, wie geſchehen, verurtheilt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellationssachen J. & G. Höpken zu Bremen, Kläger jetzt Appellanten, wider Wm. Brandt & Comp. zu St. Petersburg, Beklagte jetzt Appellaten, Schadenersatz betreffend, wird die beklagtischerseits überreichte Legitimations-Anzeige den Klägern abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 21. März 1859 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß

I. der für die Beklagten aufgetretene Anwalt Dr. Johannes Heineken in einem vom Handelsgerichte, unter Ordnungsstrafe, zu bestimmenden Termine entweder die Erben des verstorbenen Ausstellers der Vollmacht in [4] der adjungirten Acten B Nr. 142 namhaft zu machen, oder den Nachweis zu liefern habe, daß die Firma Wm. Brandt & Comp. zu St. Petersburg, Namens deren Edmund Brandt die Vollmacht in [16] der O. A. Ger.-Acten ausgestellt, identisch sei mit der Firma Wm. Brandt & Comp., welche in den adjungirten Acten klagend aufgetreten;

II. die Kläger schuldig seien in einem vom Handelsgerichte, unter dem Rechtsnachtheile der Ausschließung, anzuberaumenden Termine, Gegenbeweis vorbehältlich, rechtsgenügend darzuthun:

daß das fragliche Mehl bei seiner Lieferung in St. Petersburg verdorben, sauer, klusterig und

theilweise kaum zum Viehfutter noch verwendbar gewesen sei und die beklagte Firma diese Beschaffenheit zu der gedachten Zeit gekannt habe;

hiernächst aber in der Hauptsache sowie der Kosten wegen weiter zu erkennen sei was Rechtens.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen, und die Sache nunmehr an das Handelsgericht zum weiteren Verfahren zurück verwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 12. Novbr. 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Die drei ersten Beschwerden voriger wie gegenwärtiger Instanz beziehen sich auf den von den Klägern gestellten Antrag, dem Richter Dr. Smidt zu injungiren, daß er eine Vollmacht für die Beklagten beibringe oder dieselben zur Aufnahme des Rechtsstreits sistire. pag. 2.

A. Ueber die Bedeutung dieses Antrags und dessen Verhältniß zum Hauptpetitum der Klage: „die Beklagten zu verurtheilen, den Klägern den durch die contractwidrige Lieferung des Mehls entstandenen Schaden ꝛc. zu bezahlen," kann ein begründeter Zweifel nicht obwalten, Kläger wollen: „daß Wm. Brandt & Comp. zur Zahlung einer Entschädigungssumme an sie verurtheilt werden, und diese sind die alleinigen Beklagten. Um aber den Proceß gegen sie vor den Bremischen Gerichten verhandeln zu können, haben Kläger die Klage dem Dr. Smidt insinuiren lassen und von ihm verlangt, daß er sich entweder als Vertreter der Beklagten gehörig legitimire, oder deren sonstige Sistirung vor dem Bremischen Handelsgericht bewirke, indem sie davon ausgehen, daß Dr. Smidt, vermöge der in dem früheren Processe übernommenen cautio pro reconventione, die damaligen Kläger zur Aushandlung des gegenwärtigen Reconventionsprocesses zu stellen habe, schon vorläufig aber als deren, nur noch nicht genügend legitimirter, Vertreter anzusehen sei. Die gegen Dr. Smidt gestellten Anträge sind also nichts Anderes, als Incidentanträge gegen eine Nebenperson, und konnten unzweifelhaft der Hauptklage beigefügt werden, indem sie nur zur Sicherung des Rechtsbestandes oder Verhandlung über die Hauptsache dienen sollten; und zwar ist das Verlangen, daß Dr. Smidt sich selbst für die Wiederbeklagten legitimire, als der Hauptantrag gegen ihn anzusehen; das alternative Verlangen, daß er die pag. 3.

pag. 4. Wiederbeklagten ſonſt ſiſtire, iſt ſachlich nichts Anderes, als eine Hinweiſung, daß er ſich auch auf dieſe Weiſe ſeiner Cautionspflicht entledigen könne, alſo eine Conceſſion an ihn.

Wenn daher Kläger in den höheren Inſtanzen verſucht haben, jene beiden in der Klage alternativ geſtellten Bitten in eine cumulative Verbindung zu bringen, ſo kann dies ſchon aus prozeſſualiſchen Gründen keine Berückſichtigung finden.

B. Was die materielle Beurtheilung des fraglichen Incident-Antrages anlangt, ſo hat die cautio pro reconventione nach der Bremiſchen Geſetzgebung einen anderen Inhalt, als nach gemeinem Recht; ſie beſteht darin, daß der Kläger einen geeigneten Vertreter aufſtellt und für ſich und ſeine Erben
pag. 5. unwiderruflich bevollmächtigt, die Vertheidigung auf die Widerklage in ſeinem Namen zu übernehmen, und dieſer Vertreter auch ſeinerſeits unwiderruflich für ſich und ſeine Erben den Auftrag annimmt. Anſtatt alſo dem Beklagten bloß eine Sicherſtellung ſeines künftigen Intereſſes für den Fall zu gewähren, wenn der Kläger ſich demnächſt zur Verhandlung der Wiederklage nicht ſtellen ſollte, wird hier vielmehr im voraus dafür geſorgt, daß bei Erhebung der Wiederklage bereits ein Vertreter des Klägers vorhanden ſei, welchem die Wiederklage inſinuirt und mit welchem darüber verhandelt werden könne.

Dieſer Inhalt der Bremiſchen cautio pro reconventione, wie er ſich klar aus §. 411. 420. der Ger.-Ordn. und den dazu gehörigen Formularen ergiebt, muß nothwendig auch im
pag. 6. §. 37. der Hand.-Ger.-Ordn. als zu Grunde gelegt angenommen werden. Wenn es daher hier heißt, vermöge der im Vorproceß ertheilten Vollmacht könne der Anwalt die Caution für die Wiederklage übernehmen, ſo iſt damit nichts Anderes geſagt, als daß der Anwalt ermächtigt ſei, ſich unwiderruflich zur Vertretung des Klägers in der künftigen Wiederklagſache zu verpflichten.

Indem alſo Dr. Smidt im Vorproceſſe erklärte:

er wolle perſönlich die cautio pro reconventione übernehmen,

Adj. Act. Brandt ca. Höpken. Prot. p. 9.

Digitized by Google

hat er sich — auf Grund der ihm ertheilten Proceßmacht
cit. Acten [4.]
gesetzlich dazu befugt — zum unwiderruflichen Vertreter der
damaligen Kläger für die angekündigte und nunmehr erhobene pag. 7.
Wiederklage gemacht.

Davon ist denn aber auch — abgesehen von dem inmittelst erfolgten Tode des Ausstellers jener früheren Vollmacht — der Legitimationspunct bereits vollständig berichtigt, und es kann nicht angenommen werden, daß dem Dr. Smidt in Folge der übernommenen Caution auch noch die Pflicht obliege, eine ausdrückliche Genehmigung des geleisteten Vertretungsversprechens der besondere Vollmacht für den in Folge dieses Versprechens von ihm zu übernehmenden und im vorliegenden Falle bereits übernommenen Proceß Seitens seines früheren Auftraggebers zu den Acten zu bringen, oder in sonstiger Weise eine besondere Sistirung desselben zum gegenwärtigen Rechtsstreite zu bewirken.

Die Bestimmung der Hand.-Ger.Ordng. l. c. pag. 8.

„der Cavent ist indeß, falls in der Vollmacht die „Ermächtigung nicht ausdrücklich enthalten ist, für die „Genehmigung der Uebernahme der Caution von Sei„ten des Bevollmächtigers dem Gegner verhaftet,"

kann nämlich nicht dahin verstanden werden, daß der Cavent die Genehmigung seines Bevollmächtigers, sei es in dem Vor- oder sei es in dem Nach-Processe, noch besonders nachzuweisen, sondern nur dahin, daß er den Gegner schadlos zu halten habe, wenn der Principal die Genehmigung der für ihn übernommenen Vertretung, sei es ausdrücklich oder durch eine in Widerspruch damit stehende Handlung, verweigern sollte. Daß das Gesetz diese Verpflichtung zu eventueller Schadloshaltung dem Caventen hat auflegen wollen, kann nicht zweifel- pag. 9.
haft sein, weil es sonst den Beklagten des Vorprocesses für den Fall, daß die Genehmigung nicht ertheilt würde, in Betreff der künftigen Wiederklage ganz schutzlos gelassen hätte, was in keinem Fall als beabsichtigt vorausgesetzt werden kann. Die Frage ist nur, ob dem Caventen außer dem Haften für eventuelle Schadloshaltung, auch noch die Verpflichtung, eine aus-

Digitized by Google

drückliche Genehmigungsurkunde beizubringen, hat auferlegt werden ſollen. Die Bejahung dieſer Frage würde ſchon deshalb bedenklich ſein, weil das Geſetz keinen Termin für die Beibringung der Genehmigungsurkunde feſtſetzt; während es doch nicht wohl unbeſtimmt hätte gelaſſen werden können, bis wann der Anwalt verpflichtet ſei, die Genehmigung zu documentiren, wenn er der Intereſſenklage entgehen wolle, ob der
pag. 10. Richter ſchon im Vorproceß Friſten dazu anzuſetzen, oder die Erhebung der Wiederklage abzuwarten habe u. ſ. w. Sieht man aber auch hievon ganz ab, ſo liegt doch in den Worten des Geſetzes:

„der Cavent iſt — — — für die Genehmigung — — —
„verhaftet,"

ein Weiteres nicht, als daß derſelbe durch die cautio pro reconventione von ſelbſt auch die in der cautio de rato liegenden Verpflichtungen übernimmt. Dieſe letztere cautio iſt aber gemeinrechtlich nichts Anderes, als das Verſprechen, den Gegner ſchadlos zu halten, wenn der Principal die ohne Auftrag für ihn vollzogene Vertretung verwerfen und ihrem Reſultate entgegenhandeln ſollte.

l. 2. 4. 13. pr. l. 19. D. h. t. (46. 8.)

Man kann auch nicht annehmen, daß die Bremiſche Ge-
pag. 11. ſetzgebung dem Ausdruck „haften für Genehmigung" eine weitergehende Bedeutung beigelegt habe. Vielmehr ergiebt ſich das Gegentheil aus §. §. 101 und 105 der Ger.-Ordn. Denn wenn ſich hier beſtimmt findet, daß der procurator praesumtus resp. Derjenige welcher von einem Auswärtigen nicht genügend bevollmächtigt iſt, „für die Genehmigung haſte" und (im Falle des §. 101 jedoch nur, wenn das Gericht es nöthig findet) eine ſchriftliche Vollmacht beizubringen habe, welche zugleich die Genehmigung der bisherigen Verhandlung ſtillſchweigend in ſich ſchließe; ſo beweiſt dies, daß die Haftung für Genehmigung nicht ohne Weiteres die Pflicht zur Beibringung einer Genehmigungsurkunde in ſich ſchließt, dieſe letztere vielmehr nur unter beſonderen Vorausſetzungen, als eine zweite Pflicht des
pag. 12. de rato haftenden Anwaltes, hinzutritt.

Es könnte nun allerdings noch die Frage entstehen, ob nicht von der im §. 101. der Brem. G.O. erwähnten richterlichen Befugniß analog Gebrauch zu machen und dem für die Beklagten aufgetretenen Anwalte von Amtswegen die Auflage zur Beibringung einer Vollmacht zu machen gewesen wäre. Allein in dem Umstand, daß jetzt Erben einer früheren Partei in Frage stehen, liegt kein ausreichender Anlaß zu einer derartigen Official-Verfügung und die sonstige Beschaffenheit des vorliegenden Processes bietet ebenfalls keinen besonderen Grund dafür dar.

Dagegen erschien allerdings nach Lage der Sache eine andere Official-Auflage geboten. Die Proceßlegitimation des Dr. Johannes Heineken, welcher auf Grund der von Dr. Smidt ihm ertheilten Vollmacht, als Vertreter der Be- pag. 13.
klagten im gegenwärtigen Rechtsstreit aufgetreten ist, beruht mittelbar auf der in dem Vorprocesse von Wm. Brandt auf Dr. Smidt ausgestellten die Clausula heredum enthaltenen Vollmacht.

Adj. Act. Brandt & Comp. ca. Höpken. [6.]

Da nun der Aussteller dieser Vollmacht gestorben ist,

H. G. Prot. p. 1. in fin. 2. 8. in fin. 9.

so liegt dem Anwalte, nach Maaßgabe der Vorschriften in §. 88 des Reichsabschiedes von 1566 und §. 99 des J. R. A., die Namhaftmachung der Erben desselben ob. Davon würde jedoch im vorliegenden Falle dann Abstand genommen werden können, wenn nachzuweisen wäre, daß die dermalige Firma Wm. Brandt & Comp. in St. Petersburg, von welcher pag. 14.
beklagtischer Anwalt in gegenwärtiger Instanz eine Vollmachts- und Genehmigungs-Urkunde beigebracht hat,

O. A. G. Act. [16.]

identisch ist mit der Firma Wm. Brandt & Comp., welche im Vorprocesse klagend aufgetreten ist. Denn Kläger, welche die Identität bestreiten, erkennen selbst an, daß unter Voraussetzung derselben durch jene Urkunde der Legitimationspunct vollständig berichtigt sein würde.

O. A. Ger. Act. [18.]

Digitized by Google

Es müßte daher dem beklagtischen Vertreter in alternativer Verbindung auferlegt werden, entweder die Erben des verstorbenen Wm. Brandt namhaft zu machen, oder die Identität der beiden Firmen nachzuweisen.

II) In der Sache selbst beschweren sich Kläger mittelst
pag. 15. Grav. IV. darüber, daß sie mit ihrer Klage, unter Verurtheilung zum Kostenersatze, abgewiesen worden, und diese Beschwerde war, wenigstens theilweise, für begründet zu erachten. Zwar mußte

A) den vorigen Gerichten darin beigetreten werden, daß die Klage, soweit sie nicht auf eine besondere Zusage resp. einen Dolus der Verkäufer zu gründen versucht wird, als verjährt zu betrachten sei. Denn

1) der Handel war zwar ursprünglich über ein genus geschlossen. Durch Lieferung, Annahme und Weiterverkauf der in [3] und [4] der H. G. Acten näher bezeichneten 4921 Kuhl Roggenmehl ist aber eine bestimmte species Gegenstand des Vertrages geworden, und es können Kläger Ansprüche gegen die Beklagten nicht mehr unter dem Gesichtspuncte, daß das Vertragsobject gar nicht geliefert worden, sondern nur noch
pag. 16. unter dem, daß das gelieferte Vertragsobject an Mängeln leide, also nach den Grundsätzen des Aedilitischen Edictes, geltend machen, und treten Folgeweise die kurzen Fristen der Aedilitischen Klagen ein. Hätte man freilich

2) die im Vorprocesse erfolgte Anmeldung der Wiederklage als einen zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Act anzusehen, so würde die Frist für die hier allein in Betracht kommende Klage auf Preisminderung nicht abgelaufen sein. Denn zur Zeit jener Anmeldung (Januar 1848) war, selbst vom Vertragsabschluß (Mai 1847) angerechnet, ein Jahr noch lange nicht abgelaufen. Nun läßt sich allerdings Manches dafür sagen, daß einer solchen Anmeldung, wenn sie, wie vorliegend,
pag. 17. mit einer Specialisirung der wiederklagend zu verfolgenden Ansprüche und dem Verlangen einer cautio pro reconventione verbunden ist, die obige Wirkung beigelegt werden könne. Es kommt jedoch gegen eine solche Annahme entscheidend in Betracht,

daß in jener Anmeldung überall nur eine vorbereitende Maaßregel gefunden werden kann, durch welche der betreffende Klageanspruch selbst noch nicht in litem deducirt ist. Nun hat zwar

3) die Verjährung während eines mehrjährigen Zeitraums geruht. Allein auch wenn man diesen Zeitraum in Abrechnung bringt, ist die Verjährungsfrist abgelaufen. Es ist nämlich allerdings

a) zu Gunsten der dermaligen Kläger davon auszugehen, daß — nach der Bestimmnng im §. 416 der Brem. G. O. — seit Anstellung der Vorklage ein rechtliches Hinderniß für die Verfolgung der gegenwärtig erhobenen Entschädigungsansprüche pag. 18. im Wege der Klage eingetreten war. Die Vorklage hatte zwar nur einen Theil des Kaufpreises zum Gegenstande, diesen aber nicht etwa bloß als für die abgelehnten 1079 Kuhl per Victoria valedirend, sondern als Rest des Kaufpreises für das gesammte verkaufte Mehl. Es handelte sich also um Vertrags-Erfüllung auch in Betreff der jetzt in Frage stehenden 4921 Kuhl. Diesem Anspruche hatten die damaligen Beklagten, jetzigen Kläger, unter andern den Einwand der schlechten Beschaffenheit der gelieferten Waare entgegengesetzt und wenn auch die in Folge dessen den damaligen Klägern gemachte Beweisauflage nur die Empfangbarkeit der per Victoria verschifften 1079 Kuhl zum Gegenstande hatte, so hat sich doch die Beweisführung wieder über die pag. 19. Qualität des gesammten an J. & G. Höpken versandten Mehls erstreckt. Es muß also allerdings eine solche Verbindung (Connerität) zwischen dem Vorprozesse und der gegenwärtigen wegen schlechter Beschaffenheit der gelieferten Waare erhobenen Klage auf Preisminderung angenommen werden, wie sie in dem citirten §en der Ger. Ordn. vorausgesetzt wird. Die Präscription hat aber

b) mit eingetretener Rechtskraft des Hand. Ger. Erkenntnisses vom 27. April 1854

wieder zu laufen begonnen. Denn durch dieses Erkenntniß hat der Streit, soweit er die Qualität des Mehls betraf, für den

Digitized by Google

pag. 20. Vorproceß seine definitive Erledigung gefunden. Der einzige Punkt, der nunmehr noch, weil von Ableistung eines Eides abhängig, in lite blieb — Betrag der Leichter- und dazu gehörigen Kosten — stand mit dem Gegenstande der zu erhebenden Wiederklage in keiner auch nur mittelbaren Verbindung.

Die Rechtskraft des gedachten Erkenntnisses ist nun mit dem 15. April 1856, als dem Tage der Insinuation des dasselbe in letzter Instanz bestätigenden O. A. Ger. Urtheils, eingetreten,

O. A. Ger. Act in S. Brandt ca. Höpken app. II. [14]

und von da an bis zur Insinuation der Wiederklage — 11. Febr. 1858 — ist der Rest der Verjährungsfrist längst abgelaufen.

B. Anlangend den mißglückten Versuch, ein besonderes
pag. 21. dictum promissum der Verkäufer zu deduciren, braucht nur auf die Gründe der vorigen Gerichte gewiesen zu werden. Dagegen konnte es

C) nicht für gerechtfertigt erachtet werden, daß auch die Klage, soweit sie auf einen Dolus der Verkäufer gestützt ist, angebrachtermaaßen abgewiesen worden ist.

1) Wenngleich dies Klagfundament erst replicando geltend gemacht worden, so ist doch darum — nach §. 143 der Brem. G. O. — dessen Berücksichtigung nicht ausgeschlossen.

2) Daß die zur näheren Begründung eines Dolus der dermaligen im Beklagten vorgebrachten Behauptungen bereits im Vorprocesse aufgestellt und dort vom O. A. Gerichte als ungenügend
pag. 22. und dunkel bezeichnet worden, beruht auf einer Verwechselung. Die vom Obergerichte in Bezug genommenen Stellen der Entscheidungsgründe des O. A. Gerichts zum Urtheil vom 26. Sept. 1850.

O. A. G. Act. in S. Höpken ca. Brandt. App. I. [13.] p. 9 u. 22.

beziehen sich gar nicht auf einen Dolus, der mit der Qualität des Mehls, sondern nur auf einen solchen, der mit der verzögerten Abladung im Zusammenhange stehen soll. Auch haben die jetzigen Kläger im Vorprozesse nicht, wie jetzt behauptet, sondern es nur als wahrscheinlich angedeutet, daß Brandt & Co. die schlechte Beschaffenheit des Mehls gekannt hätten.

Adj. H. Ger. Acten Prot. p. 6.

Digitized by Google

3) Gegenwärtig haben dagegen Kläger die bestimmte Behauptung aufgestellt, daß die Beklagten die contractwidrigen Eigenschaften der Waare gekannt haben, welche letzteren sich bereits pag. 23. in der Klage dahin angegeben finden, daß das Mehl bei seiner Lieferung in St. Petersburg „verdorben, sauer, klustrig und theilweise kaum zum Viehfutter noch verwendbar gewesen sei;

Hand. Ger. Act. [1] vgl. mit Prot. p. 14 in fin.

und wenn Kläger gleichzeitig unter Berufung auf ihre Ausführungen im Vorprozesse deduciren, weßhalb diese Kenntniß als vorliegend angesehen werden müsse, so kann hierin nur eine Anticipirung des Beweises, nicht aber das gefunden werden, daß sie jene Kenntniß lediglich aus den hier angegebenen, allerdings nicht ausreichenden Argumenten folgerten, und nicht als eine selbstständige thatsächliche Behauptung hinstellen wollten. Als solche aufgefaßt aber genügt sie zur Begründung der actio emti ex dolo.

cf. L. 1. §. 1. L. 4. pr. L. 13. pr. §. 1. D. de act. emt. vend. pag. 24.

Es mußte hiernach auf Beweis dieses von den Beklagten in Abrede gestellten Klaggrundes erkannt werden, und versteht sich von selbst, daß, wenn auch alle von den Klägern behaupteten Mängel in den Beweissatz aufzunehmen waren, denselben deren Beweis doch nicht unbedingt copulativ obliegt, vielmehr das Fehlen des einen oder andern der hervorgehobenen Mängel zunächst nur auf die Schadensliquidation von Einfluß sein wird.

III. Mußte, dem Allen nach, das angefochtene Erkenntniß in einem wesentlichen Puncte aufgehoben und eine weitere Verhandlung der Sache in erster Instanz angeordnet werden, so waren auch die Kosten voriger, gleich denjenigen der gegenwärtigen Instanz durchgängig zu vergleichen, das Erkenntniß über die Kosten erster Instanz aber vorzubehalten.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Christian Deetjen und Hermann Rauschenberg zu Bremen, Liquidanten und Intervenienten, jetzt Appellanten, wider weiland Gerhard Friedr. Wilh. Wehring Wittwe, Gesina Dorothea geb. von Oesen daselbst, Liquidantin und Interventin, jetzt Appellatin, einen Anspruch auf Sondergut, jetzt geführten Beweis betreffend, ad causam G. F. W. Wehring Beneficialnachlaß, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 5. September v. J., wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern sei, daß

1) der der Interventin in dem Decrete vom 14. Juli 1857 sub 1. b. auferlegte Beweis nur bis zum Reinigungseide geführt und daher die Intervenienten in einem von der Obergerichts-Commission anzusetzenden Termine diesen Eid bei Strafe der ansonst anzunehmenden Eidesweigerung, dahin abzuleisten schuldig seien:

daß sie nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht wissen, daß die Interventin die Summe von ℛ 5550 Gold als ihr gehöriges Sondergut in die Ehe mit dem verstorbenen Gerh. Friedr. Wilhelm Wehring eingebracht habe;

und

2) die Kosten voriger Instanz durchgängig zu compensiren seien.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden ebenfalls gegen einander verglichen und aufgehoben, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an die Obergerichts-Commission zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 19. November 1860.

(L. S.) Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Führung des in dem Beweisinterlocute vom 14. Juli 1857 pag. 2.
der Interventin auferlegten ersten Beweises hinsichtlich der Illation der in Nr. 8. Act. verzeichneten Sachen steht nicht in Frage, da dieser Beweis von der Interventin nur durch Eideszuschiebung angetreten ist, und die Intervenienten den ihnen zugeschobenen Eid referirt haben, worüber der Interventin auferlegt ist, sich zu erklären.

Gegenstand der jetzt abzugebenden Entscheidung ist nur die Führung

I. des der Interventin auferlegten zweiten Beweises:

> daß sie die Summe von 5550 ℛ als ihr zugehöriges Sondergut in die Ehe mit dem defunctus (Wehring) inferirt habe,

II. des den Intervenienten auferlegten Beweises ihrer pag. 3.
Simulationseinrede:

> daß die Illation der in Nr. 52. gedachten 5550 ℛ von Seiten der Interventin in die Ehe mit dem defunctus nur zum Schein geschehen sei.

Was nun

ad I. den Beweis der Interventin betrifft, so verlangen die Intervenienten principaliter, daß er auf Grund des Gegenbeweises für ganz verfehlt, event. daß er bis auf den deferirten Eid für verfehlt oder doch nur bis zum Reinigungseide für geführt erklärt werde. Denn darauf lassen sich die höchst unpassend formulirten Beschwerden 1 bis 6 reduciren.

Und hier war unbedenklich zwar nicht der principalen, aber der letzten eventuellen Beschwerde stattzugeben.

Was nämlich zunächst

pag. 4. A. den von der Interventin angetretenen Beweis betrifft, so konnte dieser nicht mit den vorigen Richtern an sich für vollständig geführt erachtet werden. Anlangend

1) das von dem verstorbenen Ehemanne der Interventin am 9. Novbr. 1855 ausgestellte Empfangsbekenntniß über die fraglichen angeblich inferirten 5550 Rt, so ist es freilich im Allgemeinen als richtig anzuerkennen, daß Schuldverschreibungen und Quittungen, welche ein völlig dispositionsfähiger Mann ausstellt, die volle Beweiskraft, die sie als Geständnisse zu seinem Nachtheile haben, durch seine spätere Insolvenzerklärung nicht verlieren, so lange nicht von den Gläubigern, welche sie anfechten, der Beweis geführt ist, daß sie in fraudem creditorum simulirt sind.

pag. 5. Allein ganz anders verhält es sich mit den Erklärungen, die der spätere Cridar seiner Ehefrau über die Größe und die geschehene Auszahlung ihrer Illation ausgestellt hat, wenn es sich fragt, ob sie seinen dadurch benachtheiligten Gläubigern gegenüber vollen Beweis bilden. Wenn solche Erklärungen nicht zu einer Zeit und unter Umständen ausgestellt sind, die nicht wohl dem Gedanken Raum lassen, daß sie wahrheitswidrig seien, so können sie deshalb keinen vollen, wenn überall einen Beweis liefern, weil hier der Grund wegfällt, daß sie Geständnisse zum Nachtheile des Ausstellers sind, indem vielmehr der Ehemann, dem der Nießbrauch und nach deutschem Rechte ein, in concreto. in den Ehepacten noch besonders stipulirtes Erb-
pag. 6. recht an den Illaten der Frau zusteht, das größte eigene Interesse dabei hat, daß sie der Ehefrau in seinem Concurse zu Theil werden.

Hierfür hat sich denn auch von der ältesten bis an die neueste Zeit mit nur einzelnen wenigen Dissentienten und abgesehen davon, daß eine Zeitlang die Ansicht herrschend war, Gläubiger, die sich selbst nur auf Schuldbekenntnisse des Cridars gründen, müßten auch dessen Geständniß über den Empfang der

Digitized by Google

dos gegen sich gelten lassen, Jurisprudenz und Praxis entschieden:

Glossa ad L. 12. C. qui potiores in pignore s. v. datae und
ad L. 9. C. de bonis proscript. s. v. dotalium.
Gayl Observationes L. II. obs. 81.
Mevii Decisiones L. IX. Dec. 195.
Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. spec. 320. med. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. pag. 7.
Ludovici Einleit. in den Concurs-Prozeß Cap. 6. §. 4. u. f.
Günther Principia iur. Rom. §. 437.
Struben, rechtl. Bed. Bd. II. Nr. 23.
Thibaut Pand. §. 357.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Civilrechts. Buch 4. §. 46.
Mühlenbruch, doctrina Pand. Vol. II. §. 276. u. f. (Deutsche Bearbeitung III. §. 537.)
Glück Erläut. der Pand. Bd. 27. S. 337 und flg.
Seuffert Pand. III. §. 461.

Und die allgemeine Aeußerung Schweppe's, auf welche die vorigen Gerichte sich einzig und allein stützen, daß Angaben des Cridars zu Gunsten eines Gläubigers, als Geständnisse zu seinem eigenen Nachtheil, wenn vor dem Concurse erfolgt, auch dann volle Wirksamkeit hätten, wenn sie zum Besten seiner Ehefrau abgelegt seien, kann dagegen um so weniger releviren, als er sich dabei lediglich auf Struben beruft, der ihm keineswegs das Wort redet, vielmehr in der angeführten Stelle (II. Bd. 23.) grade den allgemeinen Satz aufstellt, daß Empfangsbescheinigungen verschuldeter Ehemänner über den empfangenen Brautschatz keinen Glauben verdienen. pag. 8.

Es kommt also darauf an, ob die vorliegende Empfangsbescheinigung Nr. 52. zu einer Zeit und unter Umständen ausgestellt ist, die sie ausnahmsweise völlig unverdächtig erscheinen lassen, und dieses ist keineswegs der Fall.

Digitized by Google

a) Die Empfangsbescheinigung ist ausgestellt erst nachdem
pag. 9. die Ehe schon zehn Jahre bestanden, was mit Recht von manchen Rechtslehrern als verdächtig angesehen wird, indem sie theilweise darin allein schon eine Präsumtion begründen, daß die Bescheinigung simulirt und in fraudem legis et creditorum ausgestellt sei.

Gayl. l. c.

und außerdem erst sieben Jahre nach der letzten darin verzeichneten Zahlung.

b) Sie ist ausgestellt zu einer Zeit, wo der Ehemann schon Ursache hatte zu befürchten, daß er sich nicht werde halten können. Hierfür spricht, daß er

α) schon nach Jahresfrist, ohne daß irgend unvorhergesehene Verlüste oder Umstände eingetreten wären, seine Insolvenz hat erklären müssen;

β) daß er, was bisher gar nicht relevirt worden ist, es für nöthig gehalten hat, durch die Acte Nr. 52 seiner Ehefrau
pag. 10. außer der ihr nach den Eheacten zustehenden Generalhypothek, noch zur Sicherheit wegen ihres Guthabens eine Handfeste zu versetzen, wozu er gar nicht verpflichtet war und was daher deutlich die Besorgniß ausspricht, daß sie wegen ihrer angeblichen Illaten gefährdet sei.

Auch darf

δ) unbedenklich hiefür geltend gemacht werden, daß er 47,050 ℛ Handfesten zu verzinsen hatte, gar kein Vermögen besaß, und, wie er in seiner Insolvenzerklärung selbst sagt, damals schon seit drei Jahren die Unmöglichkeit erkannt hatte, das Geschäft fortzuführen.

Jedenfalls kann man nicht sagen, daß die Urkunde zu einer Zeit ausgestellt ist, wo der Mann sich in guten Vermögensver-
pag. 11. hältnissen befunden — denn darin hat er sich nie befunden — und wo an die Möglichkeit eines Concurses gar nicht zu denken war, und doch ist dies nach der richtigen Meinung nöthig, um der Urkunde auch nur halbe Beweiskraft zu geben.

Glück a. a. O. p. 341.

Digitized by Google

c) Es fehlen der Urkunde alle unterstützende Momente, namentlich die Aufzeichnungen in den Büchern des Ehemannes, zu denen er sich in der Ehestiftung verpflichtet hat. Allerdings würde, wenn wirklich die Ehefrau baares Geld inferirt hätte, die Unterlassung jener Aufzeichnungen, wie das Obergericht bemerkt, eine Verletzung der Rechte seiner Ehefrau sein. Allein ebensowohl erwächst zumal bei jener Bestimmung in den Ehepacten, aus dem Mangel aller betreffenden Notizen eine Ver- pag. 12.
muthung dafür, daß Nichts inferirt worden ist.

Daß den eigenen Aufzeichnungen der Frau in dem Büchlein Nr. 8. juristisch kein auch nur adminiculirendes Beweismittel entnommen werden kann, zu geschweigen, daß sie die unterlassenen Aufzeichnungen des Mannes nicht ersetzen können, bedarf kaum einer Bemerkung.

2) Den Aussagen der von der Intervention producirten Zeugen läßt sich für das Beweisthema, daß nämlich die Intervention irgend Geld, geschweige denn 5550 ℛ in die Ehe inferirt habe, wenig entnehmen.

a) Zwar deponirt der Zeuge Böse, welcher im ersten Jahre nach Eröffnung des Victoria-Hôtels, also vom October 1847 bis dahin 1848, daselbst Oberkellner war, über Mittheipag. 13.
lungen, welche ihm damals von dem verstorbenen Wehring gemacht worden sind, nach welchem dieser in jenem Zeitraum wiederholt das zur Bezahlung von Wechseln fehlende Geld von seinem Schwiegervater von Oesen erhalten hat. Allein theils fehlt hier jeder Beweis, daß dies Zahlungen auf die Mitgift der Interventin und nicht vielmehr nur zeitweilige Vorschüsse gewesen sind, die Wehring später zurückgezahlt hat, theils will nach Nr. 52. der verstorbene Wehring in dem fraglichen Zeitraum vom October 1847 bis dahin 1848 nur 3250 ℛ erhalten haben, so daß jedenfalls nur hinsichtlich dieses Theils der angeblichen Illaten Nr. 52. durch den Zeugen unterstützt werden würde.

Der erste dieser beiden Gründe stellt auch

b) die Aussage des Zeugen Bruns, der angiebt, wie er pag. 14.
meint, in dem Zeitraum von 1847 bis 1849 dreimal im Auf-

Digitized by Google

trage von v. Oesen resp. 300 ℛ, 150 ℛ und eine dem Zeugen nicht bekannte Summe dem Wehring gebracht zu haben, als unerheblich dar, da auch dies sehr wohl zeitweilige Vorschüsse gewesen sein können, so daß kaum noch darauf hingewiesen zu werden braucht, daß die genannten Summen nicht zu den in Nr. 52. aufgeführten Posten stimmen, noch auch ihre Summe erreichen, es müßte denn der Zeuge das dritte Mal über 5000 ℛ auf einmal zu Wehring geschleppt haben, was aber wiederum nicht zu Nr. 52. stimmen würde.

Nach allem diesen ist der Beweis der Interventin nicht einmal für halb geführt zu erachten. Es kommt aber darauf
pag. 15. nicht an, da, wenn auch ein halber Beweis vorläge, er jedenfalls

B. durch den Gegenbeweis der Intervenienten so bedeutend abgeschwächt wird, daß die Urkunde Nr. 52. fast alle Glaubwürdigkeit verliert.

1) In der gegen v. Oesen zu einer Zeit, wo nach Nr. 52. von den angeblichen Illaten nur erst 1500 ℛ gezahlt, 4050 ℛ dagegen noch rückständig waren, eingeleiteten Untersuchung, deren Acten die Intervenienten in Bezug genommen und in denen des gegenwärtigen Processes adjungirt sind, hat der Inculpat in Uebereinstimmung mit seiner Ehefrau angegeben, daß er außer seinen Immobilien, seinem Mobiliar und seinen aus 4 Kühen bestehenden Viehstande kein Vermögen besitze.

Unters.-Act. p. 32. 48.

pag. 16. 2) Den Ueberschuß der Einnahme aus der Vermiethung seiner Immobilien giebt er selbst auf nur fast 100 ℛ an.

Unters.-Act. p. 20.

3) Es hafteten damals auf den sämmtlichen Grundstücken des Inculpaten 14,900 ℛ handfestarische Schulden

Unters.-Act. p. 19. 48.

und diese sind bis zum Jahre 1856, wo v. Oesen in Concurs gerieth, und die Grundstücke öffentlich mit großem Verluste verkauft wurden, nur um 300 ℛ vermehrt, also vom Inculpaten keine weiteren Gelder gegen Verpfändung von Handfesten aufgenommen worden.

4) Nach den übereinstimmenden Aussagen der Gegenbeweiszeugen Nackenhorst und Ehefrau, welche gerade zu der Zeit, als die Interventin sich verheirathete, ihren Eltern gegenüber wohnten, also in der Lage waren, ihre Wirthschaft zu pag. 17.
beobachten, hat dieselbe keinen erheblichen Ertrag geliefert.

Nackenhorst deponirt: Die Nahrung im v. Oesen'schen Hause sei nur gering gewesen und die Ehefrau bestätigt dies, mit dem Beifügen, daß sie oft zu ihrem Manne gesagt, sie begreife nicht, wie v. Oesen's auskommen könnten.

Commissions-Acten Nr. 78.

5) Der Inculpat hat, um nur die Aussteuer an Leinen für die Interventin bezahlen zu können, 200 ℛ zu 5 % Zinsen, gegen Verpfändung seiner letzten Handfeste von 500 ℛ und zweier Policen von 5500 resp. 5300 ℛ aufnehmen müssen.

Unters.-Act. p. 24. 25. 32.

6) Der Inculpat hat gerade im Sommer 1846 seinen ehemaligen Knecht, den Bauerknecht Molkenhorst gebeten, ihm durch eine Anleihe von 25—30 ℛ zu helfen. pag. 18.

Unters.-Act. p. 55—56. 73.

7) Die Ehefrau des Inculpaten endlich giebt ganz bestimmt an, ihre Tochter die Interventin, habe bei ihrer Verheirathung nur eine Aussteuer von Leinen und Mobilien, aber kein baares Geld mitbekommen.

Unters.-Act. p. 32.

Diesen Thatsachen und Aussagen gegenüber, welche die übereinstimmende Erklärung der drei Gegenbeweiszeugen, sie hielten es nicht für wahrscheinlich, daß v. Oesen seiner Tochter über 5000 ℛ baar habe mitgeben können,

Commissions-Act. Nr. 78.

nicht bloß unterstützen, sondern eine solche Mitgift fast ganz unerklärlich erscheinen lassen, weiß die Interventin nur das eine geltend zu machen, daß ihr Vater wohlfeil gebaut und daher pag. 19.
von den in seinem Grundstücke aufgenommenen Geldern soviel erübrigt habe, daß er ihr die 5550 ℛ habe geben können. Allein erstlich ist dies eine ganz unerwiesene Behauptung, die auch alle Wahrscheinlichkeit wider sich hat, zumal v. Oesen in

Digitized by Google

der Untersuchungssache selbst angiebt, von den beiden Häusern, welche auf dem für 2500 ℛ von ihm erkauften Grundstücke standen, habe er das eine im Jahre 1843 für ca. 5000 ℛ bauen lassen, während die auf das ganze Grundstück aufgenommenen Gelder damals nur 9200 ℛ betrugen. — Sodann aber kommt dagegen entscheidend in Betracht, daß v. Oesen am 1. Januar 1846 die letzten 1000 ℛ in seine Grundstücke
pag. 20. aufgenommen hat, daß er gleichwohl am 1. Decbr. 1846, um die Aussteuer seiner Tochter bezahlen zu können, 200 ℛ von Fehrmann hat leihen müssen, daß daher, auch wenn man annehmen wollte, die in Nr. 52. unterm 6. April 1845 und 6. Novbr. 1846 aufgeführten je 500 ℛ rührten, wie die Interventin angiebt, von jenen 1000 ℛ her, doch sich unmöglich annehmen läßt, ihr Vater würde jene 200 ℛ von Fehrmann zu 5 % und gegen Verpfändung von Handfesten und Policen angeliehen haben, wenn er von den im Jahre 1843 aufgenommenen Geldern noch soviel übrig gehabt hätte, um, wie er angeblich gethan hat, in den Jahren 1847 und 1848 seinem Schwiegersohne noch weitere 5550 ℛ zu geben.

Sonach konnte, wie bereits oben bemerkt, der Beweis der Interventin nur bis zum Reinigungseide geführt erachtet werden.
pag. 21. Zwar kann dieser Eid nach der bestimmten Vorschrift der brem. G. O. §. 230. den Interventen nur als Ignoranzeid auferlegt werden. Allein dies dürfte kein Grund sein, in dem vorliegenden Falle, wo die Waage nicht zwischen Reinigungs- und Erfüllungseid schwebt, sondern wo sich eher fragen läßt, ob der Beweis nicht bis auf die eventuelle Eideszuschiebung ganz verfehlt sei, die Interventin bloß deshalb, weil sie in der Lage ist, de veritate schwören zu können, zum Eide zu lassen. Indessen erschien es in diesem Falle angemessen, den Eid für die Interventen so, wie im Urtheile geschehen, dahin zu formuliren, daß sie nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht wissen ꝛc.

Soviel dagegen
pag. 22. ad II. den Beweis der Intervenienten betrifft, welcher, wenn diese den obigen Reinigungseid ableisten, freilich nicht mehr in Betracht kommt, wohl aber dann, wenn sie diesen Eid

Digitized by Google

verweigern ſollten, da er eben die Bedeutung hat, daß wenn auch die fraglichen Zahlungen unter dem Titel von Illaten geleiſtet ſein ſollten, dieſer Titel doch nur ein ſimulirter geweſen ſei, ſo mußte in dieſem Puncte das angefochtene Erkenntniß unter Verwerfung der 7ten und 8ten Beſchwerde, lediglich beſtätigt werden, da die Intervenienten für eine ſolche Simulation durchaus nichts beigebracht, ſich vielmehr nur auf ihren ad I. angetretenen Gegenbeweis bezogen haben, ſo daß mithin mit vollem Rechte lediglich der Interventin eine Erklärung über den ihr eveat. deferirten Eid auferlegt iſt.

Nach Maßgabe der in der Hauptſache ergehenden Reformatoria in Betreff des Beweiſes ad I. mußte, da der Beweis ad II. überall keine beſonderen Verhandlungen veranlaßt hat, dem Antrage der Intervenienten gemäß, eine durchgängige Compenſation der Koſten nicht nur der gegenwärtigen, ſondern auch der vorigen Inſtanz erkannt werden. pag. 23.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Sachen Hermann Wätjen zu Bremen, Klägers jetzt Querulantens, wider den Versicherungsverein, die Neue Assecuranz-Compagnie und die See-Assecuranz-Compagnie daselbst, Beklagte jetzt Querulaten, Schadensersatz, jetzt Nichtigkeit eines Erkenntnisses betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Frist der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 7. November 1859, wie hiemit geschieht, als nichtig aufzuheben, und anderweitig über die Verhandlungen zweiter Instanz zu erkennen sei.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt, und sollen die Voracten an das Obergericht zurückgesandt werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 18. Decbr. 1860.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Die vom Kläger ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wird darauf gestützt, daß das angefochtene obergerichtliche Erkenntniß vom 7. November 1859 unter Mitwirkung des Obergerichts-Präsidenten Senators Dr. Caesar erlassen, dieser aber mit den Bevollmächtigten einer der verklagten Compagnien, der Neuen Assecuranz-Compagnie, Heinr. Gerhd. Böving, sowie mit einem der Directoren derselben Compagnie, Consul Johann Anton Adami, im dritten Grade der Seitenlinie verschwägert sei.

Es leidet nun

I. keinen Zweifel, daß, wenn nicht vom Kläger auf den aus jenen Schwägerschaftsverhältniß herzuleitenden Einwand verzichtet worden sein sollte, — was nach der Verordnung vom 11. April 1853 zulässig ist — das gedachte Erkenntniß sich allerdings als nichtig darstellt.

Denn es steht:

pag. 3. 1) aus der Unterzeichnung des angefochtenen Urtheils, so wie durch die vom Obergerichte abgegebene Erklärung fest, daß der Präsident desselben, Senator Dr. Caesar, an der Abfassung des Urtheils Theil genommen hat. Es steht

2) durch das Zugeständniß der Beklagten in jetziger Instanz, so wie ebenfalls durch die Erklärung des Obergerichts ferner fest, daß der Senator Dr. Caesar in der angegebenen Weise mit dem Bevollmächtigten und einem Director der mitbeklagten Neuen Assecuranz-Compagnie verschwägert ist. Daraus ergiebt sich

3) nach §. 292 a und b der Brem. G. O. von selbst, daß der Genannte gesetzlich verhindert war, sein Amt als Richter in der vorliegenden Sache zu verwalten, und daß seine Mitwirkung

Digitized by Google

4) die Nichtigkeit des ganzen Urtheils nach sich ziehen pag. 4.
mußte. Denn nicht nur folgt dies bei der Solidarität des gesammten urtheilenden Gerichtspersonals und bei dem unberechenbaren Einfluß, den der einzelne Votant auf das Zustandekommen des endlichen Beschlusses haben kann, schon an sich aus der Mitwirkung eines gesetzlich verhinderten Gerichtsmitgliedes, sondern, da dies vorliegende Urtheil, wie die Unterzeichnung desselben und die Erklärung des Obergerichts ergiebt, von 5 Mitgliedern dieses Gerichts abgegeben worden ist, und diese Anzahl nach §. 291 der Ger. O. zur Gültigkeit der Urtheilsabfassung nothwendig war, so stellt sich auch, falls der Senator Dr. Caesar rechtlich nicht mitgezählt werden darf, das Erkenntniß als ein von unvollständig besetztem Gericht ausgegangenes dar. pag. 5.
Ebensowenig unterliegt es aber einem Zweifel, daß das Urtheil nicht bloß in Ansehung der Versicherungs-Gesellschaft, zu deren Vertretern der Senator Dr. Caesar in der bemerkten Beziehung steht, sondern auch in Ansehung der beiden andern beklagten Versicherungs-Gesellschaften ungültig werden mußte, da die Beurtheilung der Sache hinsichtlich aller drei, durch wirkliches litisconsortium verbundenen Gesellschaften nur eine und dieselbe sein konnte.

II. Es kam sonach nur darauf an, ob von Seiten des Klägers auf den hier in Rede stehenden Anfechtungsgrund verzichtet worden sei. Wenn in dieser Beziehung

1) die Beklagten sich auf das Handelsgerichts-Protocoll vom 16. December 1858 berufen haben, so ist dies ohne Grund. pag. 6.
Denn der hier von beiden Theilen erklärte Verzicht bezieht sich unverkennbar lediglich auf die Mitglieder des Handelsgerichts, und kann auf die Besetzung der eventuell in den höheren Instanzen eintretenden Gerichte in keiner Weise ausgedehnt werden. — Es bleibt daher

2) nur die Frage übrig, ob der in §. 76 der Brem. Versicherungs-Bedingungen enthaltene Verzicht, dem sich der Kläger und seine Ordregeber durch den Abschluß der Versicherung, aus welcher geklagt worden, unterworfen haben (s. §. 75 ibid.), den vorliegenden Fall mit umfaßt.

Digitized by Google

Dieſe Frage mußte unbedenklich bejahet werden, ſoweit die Verhinderung des Senator Dr. Caeſar aus ſeiner Verſchwägerung mit dem Conſul Joh. Anton Adami als Mit-
pag. 7. director der Neuen Aſſecur. Comp. hergeleitet worden iſt. Denn wenn auch der Fall der Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft eines Richters mit dem Director einer proceßführenden Aſſecuranz-Compagnie in dem gedachten §. 76 nicht mit ausdrücklichen Worten vorkommt, ſo iſt er doch durch die Faſſung des erſten Abſatzes dieſes Paragraphen unverkennbar implicite mit eingeſchloſſen, und die ganz unbeſtimmte, ohne alle nähere Begründung gelaſſene Behauptung einer entgegengeſetzten Uſualinterpretation, welche von dem klägeriſchen Anwalt aufgeſtellt worden iſt, kann keine Berückſichtigung finden. Beides iſt erſt kürzlich in den Sachen

Leupold c. Köncke
und Conſorten
Nolte & Sohn c. Wille
} September 1860

vom O. A. Gericht näher auseinandergeſetzt worden, und bedarf daher keiner nochmaligen Ausführung.

pag. 8. Anders ſteht aber die Sache, ſoviel die Verſchwägerung des Senator Dr. Caeſar mit dem Bevollmächtigten der Aſſecuranz-Compagnie, Heinr. Gerhd. Böving, betrifft. Dieſer Letztere muß nämlich als ein bei der vorliegenden Sache perſönlich Betheiligter angeſehen werden. Unter perſönlicher Betheiligung iſt bei dem in §. 76 ausdrücklich hervorgehobenen Gegenſatz zu der Eigenſchaft als Actionär, jede ſpecielle Beziehung zu der concreten Streitfrage zu verſtehen, welche ein anderes und näheres Intereſſe an dem Ausgange des Streites begründet, als dasjenige iſt, was jedes Mitglied der Geſellſchaft an dem möglichſten Gedeihen der letzteren überhaupt nehmen
pag. 9. muß. Wer einer ſolchen perſönlichen Beziehung wegen kein unparteiiſcher Beurtheiler der Sache ſein könnte, auch wenn von ſeiner Eigenſchaft als Geſellſchaftsmitglied ganz abſtrahirt würde, hat im Sinne dieſes Paragraphen als perſönlich Betheiligter zu gelten, ohne daß es darauf ankommt, ob die beſondere Beziehung zur Sache gerade in einem pecuniären Intereſſe beſteht.

Digitized by Google

Schon auf ein pecuniäres Intereſſe weiſt der Umſtand hin, daß nach der übereinſtimmenden Angabe der Parteien das Beziehen einer Einnahme-Tantième zu den Emolumenten des Bevollmächtigten gehört. Denn dieſe Betheiligung erſcheint deshalb als eine weit ſtärkere und erheblichere, als die durch den Dividenden-Bezug der Actionäre begründete, weil der Bevollmächtigte, vermöge ſeines Einfluſſes auf die Abſchließung der Gewinn oder pag. 10.
Verluſt bringenden Geſchäfte, direct oder indirect für die von ihm zu erwartende Tantième thätig werden kann, während der Actionär regelmäßig auf den Gang und Erfolg der Geſchäfte nicht ſelbſtthätig einwirkt. Aber auch abgeſehen hievon folgt aus dem Bemerkten, daß man denjenigen, welcher bei Abſchluß der ſtreitigen Verſicherung als Vertreter der Geſellſchaft thätig war, ſowie denjenigen, welcher den Proceß Namens der Geſellſchaft zu führen oder zu inſtruiren hat, als perſönlich Betheiligten anzuſehen hat. Der Bevollmächtigte Böving hat nun zwar nicht die Police, aus welcher jetzt geklagt wird, gezeichnet, er iſt aber in jener ſeiner Eigenſchaft vom Kläger citirt worden, und hat die Vollmacht des beklagtiſchen Anwalts Namens der Neuen Aſſecuranz-Compagnie ausgeſtellt, vertritt alſo dieſe Ge- pag. 11.
ſellſchaft bei Führung des jetzigen Rechtsſtreites. Iſt er aber deshalb als perſönlich betheiligt zu betrachten, ohne daß es weiter, wie die Beklagten meinen, darauf ankommen kann, ob er zugleich Actionär iſt, ſo folgt von ſelbſt, daß es hinſichtlich der Verhinderung des Senators Dr. Caeſar bei der geſetzlichen Regel bleibt, da der § 76 nicht bloß die perſönlich Betheiligten ſelbſt, ſondern auch die, welche mit ihnen in einer der im §. 292 der G. Ordn. angegebenen Beziehungen ſtehen, alſo Verwandte und Verſchwägerte bis zum dritten Grade der Seitenlinie, von dem dort erklärten Verzichte ausſchließt.

Auch läßt ſich nicht etwa ein Bedenken dagegen aus dem zweiten Abſatz des §. 76 ableiten. Wenngleich nämlich nach dem daſelbſt gebrauchten Ausdruck:

„Die Bevollmächtigten würden ſich der Theilnahme
an den Entſcheidungen — thunlichſt enthalten.“ pag. 12.

Bevollmächtigte nicht unbedingt von der Verwaltung des

Richteramtes ausgeschlossen zu sein scheinen, und weiter gefolgert werden dürfte, daß dies noch weniger bei Verwandten und Verschwägerten der Fall sein solle, so ist doch unverkennbar der ganze Satz überhaupt nicht dazu bestimmt, einen Verzicht auf gesetzliche Inhabilitätsgründe aufzustellen, sondern vielmehr umgekehrt, die Ausübung des Richteramtes durch Bevollmächtigte auch in einem Falle, wo sie gesetzlich gestattet ist, zu Gunsten der Versicherten möglichst zu beseitigen. Wie die Fassung des Satzes ergiebt, liegt der Nachdruck der entscheidenden Bestimmung auf dem Wort: „die sämmtlichen Bevollmächtigten," und der
pag. 13. Zweck der Bestimmung ist danach kein anderer, als die Zusage, daß die Bevollmächtigten solcher Gesellschaften, welche bei einem zu entscheidenden Proceß nicht betheiligt sind, ungeachtet sie eben darum gesetzlich keine unzulässige, sondern nur etwa verdächtige sein würden, sich von selbst der Theilnahme an der Entscheidung enthalten würden, wenn sie nicht ausnahmsweise durch besondere Umstände dazu genöthigt werden sollten. Dabei war denn auch der Ausdruck „thunlichst, ein wohl erklärlicher, da aus der Theilnahme eines solchen an sich unbetheiligten Bevollmächtigten voraussichtlich keine Nichtigkeit abzuleiten ist, und das Perhorrescenzrecht der Parteien ungeschmälert bleibt, während,
pag. 14. wenn man die Aufstellung einer festen Kategorie von Unfähigkeitsfällen beabsichtigt hätte, jener Ausdruck ein durchaus unpassender gewesen wäre. Der Satz heißt also so viel: sämmtliche Bevollmächtigte der Bremischen Seeversicherungs-Gesellschaften werden sich, wenn sie nicht schon gesetzlich verhindert sein sollten, in allen Seeversicherungssachen, von unvermeidlichen Ausnahmsfällen abgesehen, der Theilnahme an der richterlichen Entscheidung enthalten. Wenn sonach die gesetzlichen Verhinderungsgründe in Betreff der Bevollmächtigten selbst hier gar nicht berührt und geändert sind, so kann auch ein Schluß auf die völlig unerwähnt gebliebenen Verwandten und Verschwägerten eines Bevollmächtigten aus der Stelle nicht abgeleitet werden.

Fehlt es somit an einem Verzicht der Parteien auf den in
pag. 15. der Verschwägerung des Senators Dr. Caesar mit dem Bemächtigten Böving liegenden Verhinderungsgrund, so mußte der

Digitized by Google

Beschwerde gemäß das Obergerichts-Erkenntniß cassirt und die Abgabe eines anderweiten Erkenntnisses über die Verhandlungen zweiter Instanz veranlaßt werden.

In Folge dieser Hauptentscheidung waren die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu compensiren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Heinrich Rüppel & Sohn zu Bremen, Beklagter jetzt Appellanten, wider die Alt- und Jungmeister des Schlosser- und Schmiede-Amts daselbst, Kläger jetzt Appellaten, Eingriffe in die Privilegien des Schlosser- und Schmiede-Amts betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 17. October 1859, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei.

Zugleich werden wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels die Beklagten sowohl als deren Sachführer Dr. — — — — zu Bremen in eine binnen drei Wochen bei Vermeidung der Execution an die Canzlei des Ober-Appellationsgerichts zu zahlende Geldstrafe von je dreißig Mark verurtheilt, und die Sache nunmehr an das Gewerbegericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 14. Februar 1861.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Ihre erste Beschwerde, daß überall auf Beweis erkannt und nicht vielmehr das außergerichtlich ertheilte Mandat, unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten, wieder aufgehoben worden, haben die Beklagten in voriger resp. gegenwärtiger Instanz theils darauf gegründet, daß das Recht des klagenden Amtes auf ausschließlichen Verkauf von Schränken der vorliegenden Art durch das zwischen den Parteien in Csa. I. ergangene Gewerbegerichts-Erkenntniß vom 19. October 1853 nicht feststehe, theils darauf daß dieses Erkenntniß gegenwärtig keine Anwendung finden könne, weil es sich nicht um eine von den Beklagten ausgehende Annonce handle und nicht Diese, sondern Sommermeyer & Co in Magdeburg die wahren und eigentlichen Anbieter und Verkäufer seien. — Die Grund-
pag. 3. losigkeit dieser Beschwerde ist klar. Die Klage macht für das von den Klägern behauptete Verbietungsrecht ein zwiefaches rechtliches Fundament geltend, nämlich

1) das Privilegium des Schlosser- und Schmiede-Amts, wie solches in der Amtsrolle und §. 8. der Gewerbe-Ordnung so wie durch gerichtliche Erkenntnisse wiederholt anerkannt worden sei, und

2) die zwischen den Parteien ergangene rechtskräftige Entscheidung, und findet eine Verletzung jenes Rechts der Kläger abseiten der Beklagten.

a) schon darin, daß dieselben die fragliche Bekanntmachung in der Weser-Zeitung haben einrücken lassen, oder diese doch mit ihrem Wissen und ihrer Genehmigung der Zeitung inserirt sei; und

pag. 4. b) eventuell darin, daß Beklagte den Verkauf eines oder, nach der Replik mehrerer der hier fraglichen Schränke vollzogen haben.

Durch die hervorgehobenen beklagtischen Einwendungen wird nun aber das Klagfundament, soweit es direct in die Amtsprivilegien (s. oben Nr. 1.) der Kläger gesetzt und eine Verletzung derselben durch von den Beklagten vorgenommenen Local-Verkauf (s. oben sub b.) behauptet wird, gar nicht berührt und könnte ein Beweisverfahren hierüber, selbst wenn jene Einwendungen begründet wären, in keinem Falle abgeschnitten werden.

II. Mit ihrer zweiten Beschwerde beantragen die Beklagten, daß zu dem ersten vom Gewerbegericht für die Kläger aufgestellten Beweissatze:

„daß Beklagte seit dem 19. Octbr. 1853 einen der [7] erwähnten Schränke verkauft haben," pag. 5.

noch — und zwar in cummulativer Verbindung — die weitere Beweisauflage hinzugefügt werde:

„daß die [7] p. 7 erwähnten Schränke unter das Privileg der Kläger fallen."

Gestützt wird dieses Verlangen darauf, daß schon in der Vernehmlassung auf die Klage erklärt sei, es seien diese Schränke neuerer Erfindung, bei welchen die Composition einer dem Feuer widerstehenden Masse die Hauptsache wäre, und seien dieselben keine Schmiedearbeit; und daß Beklagte die Gleichartigkeit der in Csa I. und II. erwähnten Schränke nirgends anerkannt hätten, eine solche auch in der That nicht existire, da in der Anfertigung feuerfester Schränke jährlich neue Erfindungen angewandt würden und hiedurch „der Construction und dem Stoffe nach vollständig verschiedene Schränke" dem Publikum geliefert würden: pag. 6.

O. A. Ger.-Acten [1] p. 8. 9.

Auch diese Beschwerde stellt sich als offenbar grundlos dar. Um das frühere Erkenntniß und dessen den Klägern günstige Entscheidung auf die jetzt streitigen Schränke anzuwenden, kann es nicht auf deren und der früheren Identität oder volle Homogenität ankommen, sondern nur darauf, daß das Material und die Herstellungsweise im Wesentlichen gleichartig sind. Das aber ist in erster Instanz in keiner Weise bestritten worden. Aller-

dings ist es richtig, daß die Beklagten, welche in dem früheren
pag. 7. Processe ausdrücklich zugestanden haben, daß die fraglichen Schränke von geschmiedetem Eisen seien,

Adj. Acten p. 1.

in der Vernehmlassung auf die gegenwärtige Klage leugnen, daß die für Sommermeyer & Co. auf ihrem Lager befindlichen feuerfesten Schränke „an sich Schmiedearbeit sind."

Act 1ster Inst. [6] p. 9.

Allein theils kann dies nicht als ein Leugnen dessen, worauf es allein ankommt, daß nämlich geschmiedetes Eisen zu den Schränken verwendet und daß durch Schmiede-Arbeit aus den einzelnen Stücken das Ganze gebildet worden, aufgefaßt werden, indem darin vielmehr nur eine Recapitulation der vorausgegangenen exceptivischen Ausführung zu finden ist, daß zu der von Alters her vom klägerischen Amte hergebrachten und jedem
pag. 8. Schmiede und Schlosser möglichen Arbeit die Fabrication feuerfester Schränke nicht gehöre und dieselben einen Handwerks-Artikel nie gebildet hätten. Theils ist es bei jenem Leugnen — wie eine Vergleichung mit der Beschwerdeausführung voriger Instanz

O. Ger. Act. [2] p. 4.

ergiebt — gar nicht die Meinung gewesen, daß eine wesentlich andere Composition oder Construction der gegenwärtigen im Verhältniß zu den früheren Schränken hat behauptet werden sollen; sondern Beklagte wollen nur das, was sie im ersten Processe versäumt zu haben glauben, jetzt nachholen und von sämmtlichen — sowohl den früheren als den jetzigen Streitsobjecten leugnen, daß sie unter das Privilegium des klagenden
pag. 9. Amtes fallen. Diesem Versuche steht aber die in Mitte liegende res judicata entgegen. Aus dem hervorgehobenen Inhalt der Acten erster und zweiter Instanz ergiebt sich, daß die jetzt zuerst versuchte Darlegung, weshalb eine Gleichartigkeit der gegenwärtig in Frage stehenden Schränke nicht angenommen werden könne, schon aus processualischen Gründen keine Berücksichtigung finden kann, und bedarf es kaum noch einer Hinweisung darauf,

Digitized by Google

daß jene Darlegung auch sachlich ganz mißglückt ist und vielmehr die richterliche Ueberzeugung begründen muß, daß es an jeder wesentlichen Verschiedenheit der Objecte beider Processe fehlt.

III. Die dritte Beschwerde, „daß der zweite Beweissatz den Klägern alternativ zu beweisen auferlegt ist," hat, wie sich aus der Rechtfertigung ergiebt, eine principale und eine eventuelle Tendenz. pag. 10.

A. Beklagte wünschen zunächst, daß die beiden vom Gewerbsgericht alternativ verbundenen Beweissätze in cumulative Verbindung gebracht werden. Dazu ist aber gar kein Grund vorhanden.

B. Der eventuelle Antrag der Beklagten ist auf gänzliche Beseitigung des zweiten Beweissatzes,

> „daß Beklagte die Annonce [2] in die Weserzeitung haben einrücken lassen,"

gerichtet. Die Annonce meinen Beklagte sei eine Annonce von Sommermeyer & Co. und werde auch dadurch nicht die ihre, daß sie etwa, im Auftrage der Letzteren den Abdruck in der Zeitung vermittelt haben sollten. Es mußte aber den vorigen Gerichten, auf deren Gründe hier verwiesen werden kann, unbedenklich darin beigetreten werden, daß es ganz einerlei ist, ob Beklagte das Privilegium der Kläger auf ihre eigene Hand verletzen oder ob sie durch ihre Mitwirkung einen Dritten zu dieser Verletzung in den Stand setzen. Fraglich könnte es nur sein, ob es jenes vom Gewerbegericht den Klägern auferlegten Beweises überall noch bedurfte. Darauf kommt es indeß, weil Kläger sich bei dem Erkenntnisse vom 9. Febr. 1859 beruhigt haben, jetzt nicht mehr an. pag. 11.

IV. Anlangend die vierte Beschwerde, daß nicht den Beklagten der Beweis freigelassen sei, „daß sie lediglich nur Geschäftsführer von Sommermeyer & Co. seien." so genügt auch hier eine Verweisung auf die obergerichtlichen Entscheidungsgründe. Wenn sich Beklagte diesen Entscheidungsgründen gegenüber darauf berufen, daß nach der in erster Instanz von ihnen über ihre Stellung zu Sommermeyer & Co. gegebenen pag. 12.

Digitized by Google

Darstellung sie mit dem Verkaufe gar Nichts zu thun hätten, dieser vielmehr durch einen Reisenden der Fabrikanten in deren Namen abgeschlossen werde, und sie nur die verkauften Schränke an die ihnen aufzugebenden Adressen absendeten,

O. A. Ger.-Act [1] p. 11.

so steht diese Darstellung nicht nur mit dem Inhalte der Annonce [2] in Widerspruch, sondern es kann auch darauf gar nicht ankommen, ob Beklagte den Verkauf selbst abschließen, oder ob sie nur bei dessen Vollziehung ihre Hülfe leisten. Genug, wenn sie in irgend einer Weise dazu mitwirken, daß der Ver-
pag. 13. kauf in Bremen in der Weise realisirt wird, daß der Käufer von einem daselbst befindlichen Lager sich die Waare aussuchen kann.

V. Grav. V. und VI. endlich haben keine selbstständige Bedeutung und bedürfen daher keiner besonderen Beurtheilung.

Bei der klaren Verwerflichkeit sämmtlicher Beschwerden waren übrigens die Appellanten nicht allein in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu verurtheilen, sondern es mußte auch wegen Frivolität der Beschwerdeführung gegen sie sowohl als gegen ihren Sachführer eine Ordnungsstrafe erkannt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Deputirten der Debitmasse von Hoppe & Kempermann zu Bremen, Kläger jetzt Appellanten, wider Hayssen & Comp. zu Strohhausen, Beklagte jetzt Appellaten, Contocourant-Forderung und Rückgabe von Schiffspapieren, jetzt Assecuranzgelder betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 26. September 1859 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten jetziger Instanz lediglich zu bestätigen sei,

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. März 1861.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Entscheidungsgründe.

Die Appellation der Kläger, welche schon in voriger Instanz
pag. 2. von den beiden in der Citation vom 15. April 1859
vgl. H. G. O. [2]
cumulirten Klagen, die aus Conto-Courant vom 31. Dec. 1857 vermeintlich zuständige Restforderung der Kläger von 3464 ℛ 60 ℋ und die von den Beklagten dem gegenüber behauptete Forderung von 7114 ℛ 56 ℋ, sowie die deshalb im Handelsgerichts-Erkenntnisse vom 8. Novbr. 1858 sub dec. I. 1–4 den Klägern auferlegten Beweise überall nicht zum Gegenstande hatte, welche auch in jetziger Instanz hinsichtlich der zweiten, die Schiffspapiere und Assecuranz-Police, jetzt die bereits erhobenen Assecuranzgelder für das Schiff Hermann betreffenden Klage, nachdem die vom Handelsgerichte sub dec. III. ausgesprochene
pag. 3. Verwerfung der beiden daselbst näher bezeichneten Repliken durch Nichtverfolgung des in voriger Instanz hiergegen gerichteten Grav. III. und durch ausdrückliche Erklärung
vgl. O. A. Ger.-Act [1] p. 3 init.
rechtskräftig geworden ist, nur noch die beiden im dec. II. den Klägern gemachten Beweis-Auflagen betrifft, konnte als begründet nicht erachtet werden, und genügt es zu Verwerfung des gegen die confirmatorische Sent. a qua gerichteten Grav. I. und der darin in etwas veränderten Fassung unter 4 Nummern wiederholten Beschwerden voriger Instanz Folgendes unter Bezugnahme auf die in keiner Weise widerlegten Entscheidungsgründe der vorderen Richter zu bemerken.

Soviel zunächst

pag. 4. A. die Grundlage dieser Beweis-Auflagen betrifft, so kann es gar keinem Bedenken unterliegen, daß die nachträglich vorgeschützte Einrede der Cession, deren Zulassung formell fest-

Digitized by Google

steht, ihrer materiellen Bedeutung nach nicht mit der gleich anfangs opponirten Einrede der Verpfändung zusammenfalle, sondern neben dieser ein selbstständiges Defensions-Moment der Beklagten bilde. Dies ergiebt sich aus derjenigen Verhandlung, welche im Termine vom 28. Octbr. 1858 theils pto. restitutionis, theils in der Sache selbst, wenn auch ohne specielle äußere Auseinanderhaltung des Pfand- und des Cessionpunktes, re- und duplicando statt fand, zur Genüge nicht etwa bloß als die An- und Absicht der Beklagten, sondern auch als die Auffassung der Kläger; und kann namentlich deren am Schlusse der Replik vorkommenden durchaus unklaren Vorbe- pag. 5.
halte keinerlei, geschweige denn ein so großes Gewicht, als sie selbst

vgl. O. G.-Act. [1] p. 6 mit Prot. p. 18.

darauf zu legen gemeint scheinen, dahin vindicirt werden, daß auf die Cession nur unter dem Gesichtspnnkte einer Erläuterung und Modificirung der exceptio pignoris eine Einlassung erfolgt sei. Außerdem war schon in der Citation vom 25. Octbr.

vgl. H. G. A. [11]

nach deren ganzen Fassung, namentlich aber durch den Gebrauch des Wortes „auch" deutlich kundgegeben, daß man (wenn nöthig, via restitutionis) noch eine zweite Einrede vorzuschützen sich „zu aller Sicherheit," wie es heißt, veranlaßt fand. Endlich stellt pag. 6.
der aus den

Anl. A—C. in [15] — [17] ibid.

liquide Umstand, daß Cession und Verpfändung verschiedenen Zeitpunkten angehören, und jene der letzteren gefolgt ist, die Duplicität und Selbstständigkeit der hier fraglichen Einwendungen in solcher Weise heraus, daß selbst auf das in jetziger Vernehmlassung erfindliche Zugeständniß des beklagtischen Anwaltes, es sei die Fassung der Citation in [11], obwohl absichtlich gewählt, nicht ganz unzweideutig, kein Bedenken erregen kann, im obigen Puncte die Auffassung der vorderen Instanzen als richtig anzuerkennen.

Anbelangend nun aber

B. die demgemäß vom Handelsgerichte gemachten und von

pag. 7. der Sent. a qua lediglich bestätigten beiden Beweis-Auflagen selbst, so ist

1) der von dem Beklagten vorgelegte in

H. G.-A. [17]

ersichtliche Cessionsschein vom 1. Novbr. 1857 einerseits von den Klägern anerkannt; andererseits ist er, obwohl nur die Worte „wir cediren hiemit ... die Assecuranz-Police" enthaltend, vollkommen klaren und genügenden Inhalts, um darauf hin die Beklagten wie geschehen, mit jedem weiteren Beweise zu verschonen. Wenn Kläger in dieser Hinsicht Gewicht darauf legen, daß die causa cessionis und zwar, wie sie behaupten, absichtlich, nicht hineingeschrieben sei, und wenn sie demzufolge im Grav. l. 2. den Beweis der causa cessionis den Beklagten auferlegt wissen
pag. 8. wollen, so steht diesem Verlangen der Umstand, daß hier es sich nicht um eine dem debitor cessus gegenüber zu erbringende Legitimation des cessionarius, sondern um den Beweis der Cession gegenüber dem Cedenten selbst handle, in keiner Weise zur Seite, indem kein Grund erfindlich ist, weshalb der vom O. A.-Gerichte in Uebereinstimmung mit Doctrin und Praxis wiederholt und insbesondere in der von Klägern selbst angeführten Brem. Sache Campe c. Mohrhoff vom Jahre 1857 anerkannte Grundsatz, daß es zur Geltendmachung der Cession von Seiten des Cessionars keiner Angabe, also noch weniger eines Beweises der ihr zu Grunde liegenden causa cessionis bedürfe, nicht auch dem Cedenten gegenüber zur Anwendung sollte kommen können. Ent-
pag. 9. gegen aber steht jenem Verlangen, daß Kläger zwar behaupten, sie hätten das Dasein einer jeden causa cessionis geleugnet, daß sie in der That aber in erster Instanz den Mangel einer s. g. causa cessionis gar nicht als Mangel des ganzen Geschäfts geltend gemacht, auch nicht, wie es jetzt geschehen zu wollen scheint,

vgl. O. A. G. Act. [1] p. 7 in f.

die Cession für simulirt erklärt, sondern sich einfach gerade auf das berufen haben, was ihnen vom Handelsgerichte, und zwar in fast wörtlichem Anschlusse an ihr Vorbringen, zum Beweis verstellt ist, daß nämlich die hier fraglichen Schiffspapiere den

Digitized by Google

Beklagten nur übertragen seien, um sie zur Regulirung der Schiffsverhältnisse, namentlich auch den Assecuradeuren gegenüber zu bevollmächtigen, womit denn, wie der Umgrund obiger Beschwerde, sich auch das ad Grav. I. 4. gestellte Verlangen, pag. 10.
daß dem Beweisthema eine andere und generellere Fassung dahin, es seien die Papiere ohne Rechtsgrund cedirt worden, gegeben werde, als der Beachtung vollkommen unwerth von selbst herausstellt. Wenn endlich noch ad Grav. I. und I. 3. nach deren auf die Cession mitgerichteten justificando in solchem Betrachte gar nicht erläuterten Fassung es den Anschein gewinnt, als werde auch in Betreff der Cessions-Einrede zunächst von dem Beklagten eventualiter wenigstens für die Kläger ein Beweis darüber verlangt, ob die von Ersteren wider Letztere berechnete und geltend gemachte Forderung von 7114 ℛ 56 ℋ ihnen wirklich zustehe resp. zur Zeit der Cession zugestanden habe oder nicht, so ist, ganz abgesehen davon, daß über das Contocourant-Verhältniß eine Beweis-Auflage den Klägern pag. 11.
sub 1. des Handelsgerichts-Erkenntnisses bereits gemacht ist und rechtskräftig feststeht, überall nicht abzusehen, aus und zu welchem Grunde oder Zwecke pto cessionis obige Punkte noch in's Klare gestellt sein müßten, oder werden sollten, und hängt ohne Zweifel die in jenem Gravamen ersichtliche Erwähnung der Cession nur mit der unzutreffenden Voraussetzung zusammen, daß die Einrede der Cession mit der Verpfändung identisch sei, so daß der eigentlichen Intention nach die obgedachten Beschwerden lediglich Bezug haben

2) auf die exceptio pignoris, und ob in diesem Betrachte die Beweis-Auflage der vorderen Instanzen gerechtfertigt sei.

Auch insoweit liegt aber zu irgend welcher Beschwerdeführung kein Anlaß für die Kläger vor. Denn auf Grund des pag. 12.
als echt anerkannten Briefs oder Scheins von 28. März 1858 in

Anl. A. [15] der H. G.-Act.

ist die Pfandbestellung selbst bezüglich der streitigen Schiffspapiere zugestanden, und nur dies ist eingewendet,

vgl. Prot. p. 17.

es sei dieselbe bloß für eine specielle bestimmte Forderung von

5000 ℛ und nur auf den für deren Tilgung verabredet gewesenen, später nach

[16] ibid.

verlängerten Zeitraum erfolgt, auch jene specielle Schuld, wenn schon nicht baar und zum festgesetzten Termine, doch durch spätere Abrechnung anderer bestimmter Posten des Conto-Courants völlig getilgt, und sonach jetzt kein Pfandrecht mehr zuständig, weil keine Schuld mehr übrig. Ueber alles dies ist aber den Klägern
pag. 13. ein Beweis, ganz wie sie es behauptet haben, nachgelassen. Mißlinge derselbe, so würden, weil eben dann das Pfandrecht als nicht für beschränkte Zeit und nicht für eine bestimmte Schuld bestellt, auch als noch bestehend feststände, Beklagter unzweifelhaft zu Retention der verpfändeten Papiere resp. der an deren Stelle getretenen Assecuranzgelder befugt sein, sobald sie nur irgend welche Forderung noch aus dem Conto-Courant wie gering immer, hätten. Da nun, ob dies der Fall sei und in welcher Maaßen, aus dem ad I. rechtskräftig festgestellten, sowie durch den hier fraglichen Beweis der Kläger sich herausstellen wird, so liegt weder ein rechtlicher Grund noch ein factisches Interesse vor, daß auch darauf, ob die Verpfändung gerade für die jetzt von den Beklagten geforderte Schuld von 7114 ℛ 56 ℊ geschehen, und ob dieselbe damals existirt habe
pag. 14. und noch existire, wie die Grav. I. 1. und I. 3. verlangen, das Beweisverfahren gerichtet werde. Auch diese Beschwerden erscheinen hiernach unbegründet, und war, da das sub II. erhobene generelle Gravamen bedeutungslos ist, die Sent. a qua solchergestalt lediglich zu confirmiren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Franz Joseph Böning zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, wider August Wilhelm Schünemann daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, betreffend Societät, wird Ersterem die inzwischen allhier eingegangene Legitimations-Anzeige des Letzteren nebst Vollmacht abschriftlich bieneben zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 28. März 1859 lediglich, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der jetzigen Instanz, zu bestätigen, auch Letzterer sowie sein Sachführer Dr. — — — — wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine binnen vier Wochen, bei Vermeidung von Zwangsmaaßregeln, an die Casse des Ober-Appellationsgerichts zu erlegende Strafe von je dreißig Mark Courant zu verurtheilen sei;

und wird nunmehr die Sache an das Handelsgericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 26. März 1861.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Entscheidungsgründe.

Die Verwerflichkeit der vom Kläger wider das Obergerichts-Erkenntniß vom 28. März 1859 gerichteten, übrigens nicht mehr wie in voriger Instanz bei den Gravam. I/II und V/VI, die ersten Copulativ-Sätze der im Handelsgerichts-Erkenntnisse vom 6. Januar desselben Jahres sub 2 a und b erfolgten beiden Beweisauflagen betreffenden, sondern nur noch auf die zweiten Copulativ-Sätze, welche in Bezug auf Beweislast und Beweisfassung eine verschiedene Beurtheilung in den vorderen Instanzen erfahren haben, bezüglichen Beschwerdeführung konnte keinem Bedenken unterliegen. — Denn wenn zunächst

1) Kläger in den jetzigen Gravam. I. und II. in Betreff des unter den Parteien streitigen s. g. oberländischen Producten-Geschäfts gänzlichen Wegfall desjenigen Beweises verlangt, welchen die Sentitia a qua in Uebereinstimmung mit dem eigenen, wenn auch nur eventuellen Antrage des Klägers

vgl. O. Ger.Acten [3] p. 12.

pag. 3. und ganz in Anschluß an das Vorbringen des Beklagten

vgl. Hand.-Ger.-Prot. pag. 6. 7. 10. 11.

statt der in erster Instanz dem Kläger gemachten Auflage:

„Beklagter habe bei Eingehen dieses (Producten-) Geschäfts seine (des Klägers) Vermögens-Umstände gekannt,"

dem Beklagten und zwar dahin auferlegt hat,

„daß Kläger bei Eingehen dieses Geschäfts dem Beklagten seinen Vermögens-Verfall verschwiegen habe,"

so würde es zwar auf die damaligen Vermögens-Verhältnisse des Klägers überall nicht ankommen, wenn derselbe, wie Be-
pag. 4. klagter behauptet, in diesem Producten-Geschäft lediglich als Agent gegen Provision oder als commis interessé mit Reisen zum Behuf von Einleitung und Abschluß der Verkaufsgeschäfte

hätte thätig sein sollen. Allein Kläger behauptet ja und ist mit der ihm dieserhalb in der ersten Beweis-Copulative gemachten Beweisauflage einverstanden, daß ihm nach der Annahme als Reisender die Hälfte aus dem Netto-Gewinne dieses Geschäfts habe zukommen sollen, und daß Beklagter versprochen habe, in dieses Geschäft 2000–2500 ℛ einzulegen. Es ist also, daß das Abkommen auf eine Societät gerichtet gewesen sei, eine durchaus zutreffende Annahme des Obergerichts und wenn in dieser Beziehung davon ausgegangen ist, daß eine die Societät lösende egestas nur in dem Falle anzunehmen stehe, wenn die factische materielle Vermögenslosigkeit durch Insolvenz-Erklärung pag. 5.
einen rechtlichen Character gewonnen habe, in Folge dessen aber den Kläger von dem durch das Handelsgericht ihm auferlegten Beweise befreiet hat, so konnte diese in des Klägers Interesse und zu dessen Gunsten erfolgte Reformatoria doch nicht dahin führen, die vom Beklagten, wie oben schon bemerkt worden, ausdrücklich und sehr bestimmt opponirte Einrede bei Seite zu setzen, daß er von dem Kläger über dessen, immer doch bei einem Societäts-Abschlusse erheblichen pecuniären Verhältnisse getäuscht, und ihm dessen Vermögensverfall von demselben verschwiegen worden sei. In aller Weise erscheint daher die Entscheidung des Obergerichts gerechtfertigt, gegen deren Begründung von dem Appellanten weder in factischer noch rechtlicher pag. 6.
Hinsicht irgend erhebliche Monita vorgebracht sind.

Anlangend aber

2) die in Betreff des zweiten zwischen den Parteien und zwar schriftlich

vgl. H. Ger.-Acten [7]

begründeten gemeinsamen Destillations-Geschäfts gegen die übereinstimmende Beweis-Auflage beider vorderen Instanzen gerichteten Beschwerden, so verdient das Grav. VI. schon wegen seiner vagen Unbestimmtheit keinerlei Beachtung, und für das Grav. V., daß der Beweis, welcher sub 2 b. neben der ersten, nicht mehr streitigen Beweis-Auflage über eine angeblich mündlich erfolgte Aenderung und Ergänzung des obigen schriftlichen Abkommens dahin dem Kläger auferlegt worden und geblieben ist:

Beklagter habe zur Zeit des Abschlusses des Contracts
pag. 7. [7] seine (Klägers) Vermögens-Umstände gekannt,
ihm „nicht nur eventuell auferlegt sei für den Fall, daß der Beweis der ersten (oben erwähnten) Beweis-Copula nicht erbracht werde," ist weder in dem Libelle eine Erläuterung und Rechtfertigung ersichtlich noch überhaupt erfindlich. Alles reducirt sich also auch hier auf den in Grav. III. und IV. gestellten Antrag gänzlicher Streichung der zweiten Beweis-Copulative, und auch dieser ist klar verwerflich. — Denn selbst für den Fall, daß Kläger seine Behauptung, es sei ihm die im §. 1 des Contracts [7] mit klaren Worten übernommene Einschußpflicht später nicht bloß vorläufig, sondern definitiv erlassen, zu
pag. 8. bewahrheiten vermöchte, bliebe doch die im §. 2. getroffene Bestimmung unalterirt, daß „sämmtliche Verluste, die auf irgend eine Art und Weise entstehen" „ebenso" unter gleichem Antheile getragen und gedeckt werden müßten, als „der Netto-Gewinn getheilt" werden sollte, und würde immer noch der Contract als eine zu unmittelbaren Vermögens-Prästationen verpflichtende Societät, und keineswegs als bloße vertragsmäßige Uebernahme der auf Einrichtung und Fabrikbetrieb des Destillationsgeschäftes berechneten Dienstleistungen des Klägers aufzufassen sein. Wäre nun auch die Armuth desselben, so lange nicht zu wirklicher Insolvenz-Erklärung führend, nach dem Obigen kein ausreichen-
pag. 9. der Grund, das Societäts-Abkommen als nicht geschlossen zu behandeln, so liegt doch eben wegen jener völlig ungesicherten Deckungspflicht in derselben eine Justification des Rücktritts vom Contracte, zu welchem sich Beklagter durch das, seiner Angabe nach erst später in Erfahrung gebrachte pecuniäre Unvermögen Klägers bewogen gefunden haben will, und zweifelsohne

arg. L. 14 u. L. 65. §. 6.
Dig. pro socio (17. 2.)

für wohlbefugt erachtet werden muß, so lange nicht nachgewiesen ist, worauf eben der vom Kläger angefochtene Beweis geht, daß Beklagter dessen schlechte Vermögenslage gekannt und so wissentlich parum diligentem aut sufficientem sibi socium elegerit,

vgl. L. 32 in fin. cod.

was allerdings den Beklagten für die festgesetzte Zeit von 3 Jahren an den einmal geschlossenen Contract trotz der unumpag. 10.
wunden zugestandenen egestas des Klägers binden würde und die von diesem erhobenen Ansprüche zu salviren im Stande wäre, aber auch allein vermöchte. Die Beweisauflage des Handelsgerichts erscheint daher in diesem Punkte eben so gerechtfertigt, als daß das Obergericht es bei derselben unverändert belassen hat.

Bei der diesem Allen nach unbedenklichen Bestätigung der Sententia a qua konnte die allerdings nicht ganz zweifellose Frage, ob nicht schon um deshalb es bei dem angefochtenen Obergerichts-Erkenntnisse sein Bewenden zu behalten haben möchte, weil in der, wenn auch nur durch Citation des Gegners und ohne Auftrag des Klägers

vgl. H. Ger.-Acten [15] und
Prot. p. 13.

durch dessen Anwalt abgegebenen Erklärung den Beweis anpag. 11.
treten zu wollen, ein Verzicht auf das später, übrigens noch vor dem Beweisantretungs-Termine, gleichwohl interponirte Rechtsmittel der Appellation zu finden sei, um so füglicher dahin gestellt bleiben, als Beklagter zwar seine desfallsige Reservation festgehalten, aber auf die Appellation sich eingelassen hat. Dahingegen gab sich in Fassung und Motivirung der klägerischen Beschwerden, sowohl an sich, als vollends im Beihalte der ausführlichen gründlichen, mit ganz werthlosen Argumenten angefochtenen Entscheidungsgründe der vorderen Richter, eine solche Streitsucht kund, daß von Anwendung der im §. 106 der Ober-App.-Ger.-Ordn. wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels angedrohten Strafe weder dem Kläger selbst noch seinem Anwalte gegenüber Umgang genommen werden konnte.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hermann Wätjen junr. zu Bremen, Klägers, wider Wilhelm Rodewald daselbst, als Bevollmächtigten der Niederrheinischen Güter-Assecuranz-Gesellschaft, Beklagten, jetzt beiderseits Appellanten, Assecuranzforderung betreffend, erkennt das Ober-Apellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 5. September 1859, wie hiemit geschieht, dahin zu bestätigen und abzuändern sei, daß der Kläger in einem vom Handelsgerichte anzuberaumenden Termin, vorbehältlich des Gegenbeweises für den Beklagten, zu beweisen habe:

daß der in St. Thomas vorgenommene Verkauf von 4511 Stück Häuten und einigen Ballen Rohfelle wegen drohenden Verderbs derselben nothwendig gewesen,

und

daß nach dem zu New-York bestehenden Recht der Schiffer, welcher in einem Nothhafen einen Theil der Ladung, ungeachtet er sie weiter zu verschiffen vermag, wegen drohenden Verderbs der Waare zu verkaufen genöthigt worden ist, für diesen Theil der Ladung keine Fracht zu fordern habe, auch wenn der Erlös der verkauften Waaren die Mittel bieten sollte, die Fracht ganz oder theilweise zu decken.

Digitized by Google

Die Kosten erster Instanz bleiben noch ausgesetzt, und die der zweiten und dritten Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 26. März 1861.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Bei Beurtheilung der alleinigen Beschwerde des Beklagten, welche auf Wiederherstellung der vom Handels-
pag. 2. gericht erkannten Klagabweisung gerichtet ist, kann zunächst der Umstand, daß der Capitain des Schiffes Bolivar in St. Thomas factisch in der Lage war, sich eine Fracht-Vergütung durch Retinirung der bis dorthin verschifften Güter oder durch Abzug von ihrem Verkaufs-Erlös zu verschaffen, nicht in Betracht kommen. Denn die Versicherung von Frachtgeldern begründet eine Ersatzpflicht nur, soweit der Schiffer (Rheder) seinen Anspruch auf Frachtzahlung durch eingetretene Unfälle rechtlich verloren hat, während die Versicherung sich erledigt soweit die Fracht von Rechtswegen wirklich verdient worden ist. Ein eigenmächtiges Innebehalten der Fracht würde den Schiffer den Ladungsinteressenten gegenüber verantwortlich machen, nicht
pag. 3. aber dahin führen, den Versicherer von der wirklich eingetretenen Ersatzpflicht frei zu machen. Es kann sich daher nur fragen, ob der Kläger für die in St. Thomas verkauften Güter jeden Rechtsanspruch auf Frachtvergütung eingebüßt hat.

A. Diese Frage würde nach den allgemeinen Grundsätzen des Seerechts, insbesondere auch des hanseatischen, allerdings zu verneinen sein. Zwar ist die Bestimmung des hanseatischen Seerechts Tit. III. Art. 17, worauf sich das Handelsgericht beruft, dafür nicht entscheidend. Denn wenn es auch richtig ist, daß es keinen Unterschied machen kann, ob der Befrachter resp. Destinatär selbst die Güter im Nothhafen zurücknimmt, oder ob dies der Schiffer als negotiorum gestor desselben thut, so kann doch die Bestimmung überhaupt nur auf den Fall bezogen werden,
pag. 4. wenn die Zurücknahme der Güter nicht eine durch die Umstände abgenöthigte, sondern eine im Interesse des Befrachters (Destinatärs) frei gewählte, also im Verhältniß zum Verfrachter (Rheder)

Digitized by Google

willkürliche Maßregel ist. Allein es kommt vorliegend in Betracht, daß auf Seiten des Verfrachters (Schiffers) der Fortsetzung und Vollendung des Transports bis zum Bestimmungshafen kein Hinderniß im Wege stand; denn wie es sich auch mit der Dauer der Reparatur des Schiffes „Bolivar" verhalten haben und auf welche Zeit man die Pflicht der Ladungs-Interessenten, eine Schiffs-Reparatur im Zwischenhafen abzuwarten, beschränken mag, so ist doch der unverkaufte Theil der Ladung mit einem andern Schiffe wirklich nach dem Bestimmungshafen gebracht und es ist nirgends behauptet worden, daß ein Gleiches rücksichtlich des pag. 5.
verkauften Theils der Ladung nicht eben so gut möglich gewesen wäre. Der Anlaß, weßhalb es nicht zur weiteren Verschiffung dieses Theils der Ladung kam, lag also lediglich in einem Unfall, welcher die Waaren betroffen hatte, nämlich in ihrer Beschädigung durch Seewasser, welche die Besorgniß begründet haben soll, daß bei weiterem Transport dieselben gänzlich werthlos werden würden. Nun bringen es aber die allgemeinen Rechtsgrundsätze mit sich, daß ein Unfall, von welchem die Ladung allein betroffen wird, der Regel nach nicht geeignet ist, dem Schiffer, welcher seinerseits alle contraktlichen Pflichten erfüllt hat, den Anspruch auf Frachtgeld völlig zu entziehen, daß vielmehr ein solcher Zufall entweder nur dem Befrachter (Destinatär) oder beiden Theilen zum Nach- pag. 6.
theil gereiche, letzteres, insofern dem Schiffer bloß eine theilweise Frachtvergütung bewilligt wird.

vgl. Jacobson, Seerecht S. 374.
Heise, Handelsrecht §. 177. 178.
Kaltenborn, Seerecht §. 118. 127.

Ein Bedenken könnte nur aus dem in den meisten Seerechten und so auch in dem Hanseatischen Tit. IX. Art 2. anerkannten Satz entstehen, daß für zufällig untergegangene Waaren keine Fracht in Anspruch genommen werden darf. Allein dieser Satz gilt doch nur dann, wenn die Güter völlig und ohne einen dafür eintretenden Ersatzanspruch der Ladungsinteressenten verloren wurden. Können zwar nach Vollendung der Reise nicht die Waaren selbst geliefert werden, es ist aber irgend ein Aequivalent dafür gewonnen worden, welches dem Befrachter oder pag. 7.

Digitized by Google

Destinatär statt der Waaren ausgekehrt werden muß, so läßt sich im Sinne jener seerechtlichen Bestimmung nicht behaupten, daß für ihn die Waare gänzlich verloren gegangen sei; er wird vielmehr, soweit es den Umständen nach möglich ist, in die Lage versetzt, das Provenüe der Waaren wirklich zu beziehen, und hat daher auch die Pflicht, sich einen entsprechenden Frachtbetrag davon abziehen zu lassen. Es verhält sich dieser Fall im Allgemeinen analog demjenigen, wo die Waaren dem Destinatär in einem vom Schiffer nicht verschuldeten verschlechterten Zustande ausgeliefert werden, nur daß beide Fälle sich rücksichtlich der Höhe des Frachtanspruchs nicht unbedingt gleichstehen, indem für
pag. 8. abgelieferte verschlechterte Waaren die volle Fracht vergütet werden muß, während, wo selbst ein Aequivalent gerettet wurde, häufig nur Distance-Fracht berechnet werden darf, dieselbe auch nicht über den Betrag des geretteten Aequivalents hinaus gefordert werden kann. Es kann dahin gestellt bleiben, ob nicht schon darin, daß für die zum Besten von Schiff und Ladung geopferten Güter, welche in Havariegrosse vergütet werden, Fracht zu berechnen ist,

vgl. Hanseat. Seerecht Tit. VIII. Art. 3.

eine Anwendung des allgemeineren Satzes zu erkennen sei, daß überall, wo ein auf der Reise sich ereignender Unfall das Aufgeben von Waaren gegen ein Geld-Aequivalent veranlaßt, Fracht für dieselben gefordert werden kann. Jedenfalls dient es für
pag. 9. diesen Satz zur Bestätigung, daß selbst dann, wenn der Schiffer im Nothhafen einen Theil der Ladung, nicht wegen verdorbenen Zustandes, sondern bloß zu dem Zwecke verkauft, um sich das zur Reparatur oder Verproviantirung seines Schiffes benöthigte Geld zu verschaffen, er von dem zu ersetzenden Werth der Güter den Betrag der Fracht zu kürzen berechtigt ist.

Beneke, System Bd. S. 257. Note 1.

Abbot, law of merch. ships IV. c. 8. n. 5.

Kent, commentaries on American law. Vol. III p. 222.

Code de commerce art. 298.

Spanisches Handelsgesetzb. Art. 785.

Allerdings hat der Schiffer in diesem Falle den Preis für

die Güter zu erſetzen, den ſie bei ſeiner Ankunft am Beſtimmungs-
hafen haben, und darf ſich unbeſtritten auch die volle Fracht pag. 10.
berechnen, während bei einem Verkauf wegen drohenden Verderbs
der Waaren ſelbſtverſtändlich nur der Erlös im Nothhafen dem
Ladungsintereſſenten zukommt, und die Frage, ob volle oder nur
theilweiſe Fracht daraus zu vergüten ſei, verſchieden beantwortet
wird. Immer aber folgt daraus ſo viel, daß, von ſingulären
ſeerechtlichen Normen abgeſehen, da, wo nur ein die Güter
treffender Unfall deren Umſatz in ein Geldäquivalent veranlaßt
hat, der Schiffer um ſo weniger der Fracht völlig für verluſtig
gehalten werden kann. Der Satz, daß der Schiffer von allen
Waaren Fracht fordern darf, welche er entweder ausliefert, oder
wofür er, ohne daß ihn ein Verſchulden trifft, ein Aequivalent
zu vergüten verpflichtet iſt, wird denn auch im Allgemeinen von pag. 11.
den bewährteſten Schriftſtellern über See- und Aſſecuranzrecht
anerkannt:

vgl. Beneke a. a. O. §. 175 ff.

Derſelbe on the principles of indemnity p. 444.

Boulay-Paty, droit comm. marit. T. II. p. 422.

Pardessus, droit comm. T. III. §. 714—717.

Abbot l. c. Nr. 13. (p. 397.)

und in Frankreich beſteht auch gerade für einen Fall der vorlie-
genden Art kein Zweifel darüber, indem nur die Frage, ob die
Fracht unverkürzt oder bloß pro rata itineris zuzubilligen ſei,
widerſprechende gerichtliche Entſcheidungen hervorgerufen hat,

Boyron, code de commerce expliquè ed. 9. Par.
1858. ad. art. 303 p. 601. sq.

Journal de jurisprud. commerciale et maritime pag. 12.
Marseille T. 37. (1859) page. 243—250.

während allerdings die Anwendung auf dieſen ſpeciellen Fall in
der engliſchen Jurisprudenz nicht feſtzuſtehen ſcheint:

vgl. Arnould, law of marine insurance (ed. 1.)
Lond. 1848 Vol II. p. 1049. sq.

Digitized by Google

Vom Standpunkte des in Bremen geltenden gemeinen Rechts aus erscheint hiernach die Klage unhaltbar, und braucht auf den Zweifel, ob die volle Fracht oder nur Fracht pro rata itineris verdient sei, nicht eingegangen zu werden, da die Klage, sofern eventuell ein bloß theilweiser Verlust der Frachtgelder hätte
pag. 13. geltend gemacht werden sollen, in Ermangelung der zur Berechnung eines solchen partiellen Schadens erforderlichen Angaben mindestens angebrachter Maaßen verwerflich sein würde.

Dagegen war die Klage

B., auf Grund der replicando aufgestellten Behauptung über den Inhalt des New-Yorker Rechtes, in Uebereinstimmung mit dem Obergericht, aufrecht zu erhalten.

1) Da der hier in Frage stehende Frachtcontract für eine Reise von Cindad Bolivar nach New-York abgeschlossen war, so unterliegt es keinem Zweifel, daß das New-Yorker Recht für die aus dem Contract entspringenden Befugnisse und Pflichten das entscheidende war. Das O. A.-Gericht hat wiederholt anerkannt, daß wenn ein bestimmter Erfüllungsort verabredet ist,
pag. 14. dieser und nicht der Ort des Contractabschlusses es ist, dessen Gesetzen sich präsumtiv die Contrahenten stillschweigend unterwerfen, und dies unterliegt namentlich beim Frachtcontract, sofern im voraus ein fester Bestimmungsort ausgemacht ist, welcher nicht bloß den Schlußpunct der Leistungen des Schiffers bildet, sondern wo auch die gesammten Leistungen von der anderen Seite zu erfüllen sind, am wenigsten einem Bedenken, wenn auch besondere Umstände hier so gut wie bei jedem anderen Vertrage eine Ausnahme von jener Präsumtion begründen können

vgl. das Präjudicat in der Brem. Sache Woltmann c. Forsyth Febr. 1858.

Auf das Recht von Cindad Bolivar kann es daher hier nicht
pag. 15. ankommen. Eben so wenig aber auf das von St. Thomas, worauf der Beklagte eventuell hingewiesen hat. Denn wie es sich auch in einem Falle verhalten möge, wo das Schiff auf Grund eines den Contract ganz auflösenden Umstandes in einen Zwischenhafen einläuft und wo folgenweise die beiderseitige Erfüllung so-

weit sie überhaupt noch möglich ist, hier, statt am ursprünglichen Bestimmungsort, geschehen muß, so liegt ein solcher Fall doch jetzt nicht vor. Vielmehr ist der anfängliche Contract in voller Kraft geblieben, auch von Seiten des Schiffers durch den Verkauf eines Theils der Ladung — wenn er dazu wirklich berechtigt gewesen sein sollte — und durch Weiterbeförderung des Restes an den Bestimmungsort vollständig in Ausführung gebracht worden, so daß alle seine Rechte und Pflichten, also auch pag. 16.
die, welche der Verkauf in St. Thomas zur Folge hatte, sich nach wie vor nach dem New-Yorker Gesetze richten mußten.

War aber das New-Yorker Recht für das Verhältniß zwischen den Ladungsinteressenten und dem Schiffer (Rheder) maßgebend, so muß dasselbe rücksichtlich der Frage, ob und in wie weit Fracht verdient sei oder nicht, auch für das Verhältniß der jetzigen Parteien gelten. Denn da die Versicherung der Fracht ausdrücklich für die Reise von Cindad Bolivar nach New-York übernommen worden ist, so lag darin implicite von selbst die Verabredung, daß es vom New-Yorker Recht abhängen solle, unter welchen Voraussetzungen die Frachtforderung von Rechtswegen für verloren zu achten und Ersatz vom Versicherer pag. 17.
dafür zu leisten sei; die Versicherer haben sich mittelbar in soweit ebenfalls dem New-Yorker Recht unterworfen. Auch kann in Bezug auf den Inhalt desselben von einer Anzeigepflicht, welche dem Kläger obgelegen hätte, offenbar keine Rede sein, schon darum, weil sich gar nicht voraussehen ließ, daß gerade der fragliche Satz in diesem Falle zur Anwendung kommen werde. Mit Rücksicht auf den Schlußsatz des §. 41 der Bremischen Versicherungsbedingungen von 1854 könnte, obwohl sich die Parteien auf diese Stelle nirgends berufen haben, nur etwa der Zweifel aufgeworfen werden, ob nicht das zu St. Thomas geltende Recht zur Anwendung zu kommen habe. Allein der ganze §. 41 behandelt lediglich den Fall, wo ein Schiff durch pag. 18.
höhere Macht verhindert wird, an seinen Bestimmungsort zu gelangen, und folgeweise der Contract sich in einem Zwischenhafen auflöst, und die völlige Verschiedenheit des jetzigen Falles hiervon ist bereits hervorgehoben worden.

Digitized by Google

2) Der Einwand des Beklagten, welcher den hauptsächlichen Gegenstand seiner Appellationsausführung ausmacht, nämlich der, daß der Kläger über den Inhalt des angeblich zu New-York geltenden Rechtssatzes keine hinreichende bestimmte Behauptung aufgestellt habe, erscheint unbegründet, und zwar ganz abgesehen davon, ob die Berufung auf auswärtige Rechtssätze mit derselben prozessualischen Strenge behandelt werden darf, wie die Behaup-
pag. 19. tung wirklicher Thatsachen. Der Kläger hat in der Replik ausdrücklich behauptet, daß nach den Gesetzen von New-York die Fracht in New-York von den Adressaten geweigert werden könne, und dieser Fall als ein Totalverlust angesehen werde, und hat sich zum Beleg dieser Behauptung auf die daneben producirte Bescheinigung [10] berufen. Mit jener ersten Behauptung konnte nichts anderes gemeint sein, als daß im vorliegenden Falle der Adressat nach New-Yorker Gesetzen befugt sei die Fracht zu verweigern. Schon hiedurch wird die vom Beklagten hervorgehobene Möglichkeit ausgeschlossen, als habe bloß behauptet werden sollen, was auch im gemeinen Seerecht gelte, daß nämlich der Destinatär nicht schuldig sei, Frachtgelder, welche durch den Erlös der unterwegs verkauften Güter nicht hätten gedeckt werden
pag. 20. können noch baar herauszuzahlen. Denn von dem Falle, daß der in St. Thomas erzielte Kauferlös nicht zugereicht habe, die Fracht oder einen Theil derselben zu decken, war in der Sache gar nicht die Rede gewesen, vielmehr war es, da die Behauptung vorherging, der Capitain habe in St. Thomas kein Retentionsrecht ausüben können, und da die vom Kläger in [5] producirte Rechnung von Hjardemaal & Co. nicht nur die Bestreitung der in St. Thomas durch das Einlaufen und die Reparatur des Schiffes entstandenen Kosten aus dem Kauferlöse, sondern auch noch einen Ueberschuß ergab, klar, daß der Kläger von Anfang an sich darauf gestützt hatte, es habe ihm in New-York jede Frachtvergütung, mochte sie nun in Baarzahlung oder Abrechnung von dem Verkaufserlös aus St. Thomas bestehen,
pag. 21. gesetzlich verweigert werden können. Nur darin stellte sich die bemerkte erste Behauptung als eine ungenügende dar, daß sie nur des Adressaten in New-York erwähnt, während es denkbar

Digitized by Google

wäre, daß dem Kläger noch ein Regreßanspruch an den Befrachter offen stände. Auch dieser Mangel ist jedoch durch die weitere Behauptung gehoben, daß nach den Gesetzen von New-York dieser Fall als ein Total-Verlust angesehen werde. Die vom Kläger in Bezug genommene Bescheinigung [10] bestätigt im ersten Theile, daß die Destinatäre für Güter, welche auf der Reise in Folge von Beschädigung haben verkauft werden müssen, keine Fracht schuldig seien, dient aber auch nicht weiter zur Ergänzung der klägerischen Behauptung, da die Schlußworte nur sagen, daß die Fracht für solche Güter nicht in Havariegrosse pag. 22. vergütet werde, was natürlich ist, da der Verkauf keine Aufopferung zum allgemeinen Besten war.

Sollte ein Rechtssatz des bezeichneten Inhalts in New-York gelten, so würde sich nach dem Bisherigen die Klage allerdings als begründet darstellen. Die Appellation des Beklagten war daher als grundlos zu verwerfen.

II. Die vom Kläger aufgestellte alleinige Beschwerde daß der Beklagte nicht dem Klagantrage gemäß verurtheilt worden sei, ist im Wesentlichen ebenfalls unbegründet, und nur in soweit, als sie die auf eine Beweisauflage gerichtete eventuelle Beschwerde voriger Instanz in sich schließt, mußte ihr entsprochen werden.

A. Eine sofortige Verurtheilung würde voraussetzen, daß über die zur Begründung der Klage gehörigen Punkte, welche excipiendo nicht ausdrücklich eingeräumt worden sind, bereits pag. 23. vollständige Gewißheit vorliege. Nun kann zwar dem Kläger, sobald constatirt ist, daß ihm für die in St. Thomas verkauften Waaren kein Rechtsanspruch auf Fracht zustand, nicht noch ein Beweis darüber angesonnen werden, daß er auch wirklich kein Frachtgeld vergütet erhalten habe, indem es vielmehr, wenn die Ladungsinteressenten indebite Fracht bezahlt haben sollten, Sache des Beklagten gewesen wäre, eine dahin gehende Behauptung aufzustellen. Dagegen bedarf es sowohl über die Nothwendigkeit des Verkaufes zu St. Thomas als über den Inhalt des besprochenen New-Yorker Rechtssatzes allerdings noch eines Beweises.

Digitized by Google

1) Was den ersten Punct betrifft, so giebt freilich die
pag. 24. Vertheidigung des Beklagten mehrfach den Anschein, als habe die Nothwendigkeit des Verkaufes zu St. Thomas nicht bestritten werden sollen, indem der Beklagte theils in der Duplik äußert, er wolle dem Capitain keinen Vorwurf aus dem Verkaufe machen, theils mehrfach geltend macht, dem Kläger sei ein Frachtanspruch erworben worden, was doch bei einem ungerechtfertigten Verkauf nicht der Fall sein würde. Allein ein ausreichendes Geständniß kann in dieser Vertheidigung nicht gefunden werden, da jene Aeußerung in der Duplik dafür viel zu unbestimmt ist; die Berufung auf den Frachtanspruch des Klägers aber nur einen Theil der rechtlichen Gegendeduction gegen die Klage bildet und daher im Zweifel nur hypothetisch, unter Voraussetzung der Richtigkeit des factischen Klaggrundes, aufgefaßt werden darf.
pag. 25. Ebensowenig kann die Nothwendigkeit des Verkaufes durch den in [5] enthaltenen Bericht der Besichtiger vom 31. Decbr. 1856 für hinlänglich constatirt erachtet werden. Denn wenngleich gegen die Glaubwürdigkeit und Sachkunde der mit Genehmigung des Agenten der Bremischen Versicherungs-Gesellschaften zugezogenen Besichtiger nichts erinnert worden ist, so sagt ihr Bericht doch nicht, daß der Verkauf zur Rettung der Waare als solcher unvermeidlich sei, sondern nur, daß sie den Verkauf empfohlen, also im Interesse der Destinatäre rathsam befunden hätten. Nun kann freilich in einem Falle, wo es sich überhaupt nur von der Besorgniß zunehmenden Verderbes der Waaren handelt, immer nur von einer relativen Nothwendigkeit des Verkaufs die Rede
pag. 26. sein. Wie man aber auch in dieser Beziehung das Verhältniß des Schiffers zu den Ladungs-Interessenten auffassen möge, so ist doch jedenfalls den Assecuradeuren gegenüber nur die Frage entscheidend, ob der Schiffer, wenn er die beschädigten Waaren, anstatt sie im Zwischenhafen zu verkaufen, an ihren Bestimmungsort gebracht hätte, sich den Anspruch auf Fracht voraussichtlich erhalten haben würde. Nur da, wo diese Frage verneint werden mußte, kann mit Grund gesagt werden, daß ein unvermeidlicher Verlust der Fracht und folgeweise der Ersatz-Anspruch gegen die Assecuradeurs eingetreten sei. Da aber für Waaren, welche nur

in verschlechterter Qualität am Bestimmungshafen abgeliefert werden, Fracht gefordert werden darf, so hängt der klägerische Anspruch davon ab, ob in St. Thomas die Besorgniß begründet war, daß die fraglichen Häute und Felle durch ihren Weiter-Transport nach New-York in einen Zustand gerathen würden, in pag. 27.
welchem sie als Kaufmanns-Waare ihrer Gattung nicht mehr empfangbar gewesen wären. Eine Gefahr dieser Art ist aber aus dem Inhalt von [5] noch nicht zu entnehmen.

Bedarf es hienach noch eines Beweises über die Nothwendigkeit des Verkaufs, so könnte noch in Frage kommen, ob derselbe nicht durch den Nachweis der Behauptung des Klägers, daß die beschädigten Waaren auf Anordnung von Meister & Co. gelöscht und verkauft worden seien, ersetzt werden könne, also eine alternative Beweisauflage gerechtfertigt sei. Dies war aber zu verneinen. Ob die Angaben der Replik — „auf Anlaß von Meister & Co. sei die Waare besichtigt und verkauft worden;" „Meister habe erklärt, die Waare dürfe nicht an Bord bleiben;" „auf Veranlassung des Agenten Meister habe der Capitain die Waare löschen lassen;" — bestimmt genug sind, um darin die pag. 28.
Anordnung des Verkaufs zu finden, erscheint zweifelhaft. Indessen würde dieses Bedenken sich dadurch beseitigen, daß der Kläger im Appellationslibell zweiter Instanz geradezu behauptet hat, der beschädigte Theil der Ladung sei auf Anordnung Meister's und der übrigen Besichtiger verkauft worden, und darin eine zulässige Erläuterung gefunden werden darf. Da aber mit der Eigenschaft eines Agenten von Versicherungs-Gesellschaften keineswegs von selbst die Befugniß verbunden ist, eine dem Versicherer wesentlich präjudirende Maaßregel zu treffen, und da Meister & Comp. in den vom Kläger selbst producirten Documenten überall den Vorbehalt aller Rechte der Versicherer ausdrücklich beigefügt haben, so wäre es, um die Thatsache jener Anordnung zu einer relevanten zu machen, unentbehrlich gewesen, zu behaupten, daß pag. 29.
Meister & Co. zu einer Maaßregel der Art allgemein oder speciell ermächtigt gewesen seien, was aber von Seiten des Klägers nicht geschehen ist.

2) Was den New-Yorker Rechtssatz betrifft, so beruft sich

der Kläger mit Unrecht darauf, daß der Beklagte die replicarische Angabe darüber in der Duplik mit Stillschweigen übergangen habe. Denn theils hat der Beklagte in der Duplik ausdrücklich gesagt, auch nach den fremden Gesetzen (worunter nur die vom Kläger angeführten gemeint sein konnten) sei der Capitain nicht verpflichtet gewesen, die Felle von Bord nehmen zu lassen, ohne die volle Fracht dafür zu erhalten, theils würde auch eine ungenügende Beantwortung nach der Ger.-Ordn. nicht ohne Weiteres
pag. 30. ein fingirtes Zugeständniß nach sich ziehen. Eben so wenig ist der fragliche Rechtssatz durch die Bescheinigung [10] bereits in Gewißheit gesetzt. Es ist schon oben hervorgehoben worden, daß in diesem Document nur bestätigt wird die Destinatäre seien in einem Falle der vorliegenden Art keine Fracht schuldig, nicht aber, daß ein Total-Verlust der Fracht eintrete. Auch abgesehen hiervon aber ist [10] als ein bloßes Privatzeugniß nicht geeignet einen vollen Beweis mit Ausschluß des Gegenbeweises herzustellen. Endlich geben auch die zugänglichen literarischen Hülfsmittel keine sichere Auskunft über den Satz. Nach den Mittheilungen von

Phillips, law of insurance. Vol. II. p. 307 sq.

scheint das Nordamericanische Recht vielfach strengere Grundsätze gegen den Verfrachter aufzustellen als andere Seerechte. Allein
pag. 31. weder von diesem Schriftsteller, noch von

Kent, commentaries on American law. Vol. III. p. 211 sq. p. 222 – 224.

welcher ebensowohl den vollen Frachtanspruch für abgelieferte verschlechterte Waaren bestätigt, als ein ausgedehntes Verfügungsrecht des Schiffers über die Ladung im Nothhafen anerkennt, wird die vorliegende specielle Frage berührt; und wenn

Nolte, See-Assecuranz. p. Bd. 2. S. 492

den Inhalt des Nordamerikanischen Rechtes der klägerischen Behauptung entsprechend angiebt, so kann darauf kein Gewicht gelegt werden, weil zum Beleg dieser Angabe lediglich auf einen bei Phillips referirten Rechtsfall verwiesen wird, in welchem es deßhalb zum Verkaufe der Ladung kam, weil durch einen das

Digitized by Google

Schiff und die Ladung treffenden Unfall, die Vollendung pag. 32.
der Reise verhindert wurde.

B. Wenn das Obergericht die Sache, anstatt auf Beweis zu erkennen, erst zu einer nochmaligen Verhandlung der Parteien an das Handelsgericht zurückverwiesen hat, so konnte dem nicht beigetreten werden. Das Obergericht vermißt in dem bisherigen Verfahren erster Instanz deutliche und bestimmte Erklärungen des Beklagten über die obigen beiden zur Begründung der Klage gehörigen Umstände, die Nothwendigkeit des Verkaufs in St. Thomas und den New-Yorker Rechtssatz. Die weitere Verhandlung würde daher nur darin zu bestehen haben, daß der Beklagte eine bessere Beantwortung nachzuholen hätte, widrigenfalls nach § 90 der Brem. G. O. das Präjudiz des Eingeständnisses gegen ihm einträte. Nun hat aber der Beklagte, was den ersten Umstand betrifft, excipiendo wenigstens soviel erklärt, er pag. 33.
könne nicht beurtheilen, in welchem Grade die ausgeladenen Felle beschädigt gewesen seien, damit also implicite die Nothwendigkeit des Verkaufs mit Nichtwissen beantwortet, und den zweiten Umstand in der Duplik durch die schon oben hervorgehobene Erklärung geleugnet, daß der Schiffer auch nach den fremden Gesetzen nicht verpflichtet gewesen sei, die Felle ohne Zahlung der Fracht von Bord nehmen zu lassen. Wollte man aber auch diese Auslassungen nicht als genügend anerkennen, so lassen doch die Erklärungen des Beklagten in zweiter und dritter Instanz keinen Zweifel darüber, daß er beide fragliche Umstände hat in Abrede stellen oder mit Nicht-Wissen beantworten wollen. Der Zweck einer nochmaligen Verhandlung der Parteien erscheint pag. 34.
daher in den bisherigen Acten bereits erreicht und die Sache zu einer sofortigen Beweisauflage reif.

Der Beweissatz über den zweiten Umstand hatte übrigens möglichst speciell den New-Yorker Rechtssatz zu bezeichnen, wie er für die vorliegende Streitfrage relevant erscheint, um die Zweifel zu beseitigen, welche der Beklagte über den Sinn der klägerischen Behauptung aufgestellt hat.

III. Die vom Obergericht erkannte Aussetzung der Kosten erster Instanz bleibt auch bei der veränderten Hauptentscheidung

gerechtfertigt, und über die Vergleichung der Koſten zweiter Inſtanz iſt keine Beſchwerde geführt. Die Koſten jetziger Inſtanz waren aber, da beide Appellationen im Weſentlichen verworfen
pag. 35. werden, und die reformatoria zu Gunſten des Klägers nur eine unbedeutende Verzögerung des Proceſſes abwendet, ebenfalls zu compenſiren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Sachen Hermann Wätjen zu Bremen, Klägers, jetzt Querulantens, wider den Versicherungsverein, die Neue Assecuranzcompagnie und die Seeassecuranzcompagnie daselbst, Beklagte, jetzt Querulaten, Schadensersatz, jetzt Nichtigkeit eines Erkenntnisses betreffend, wird den Parteien angezeigt, daß die eingeforderten Voracten am 18. vorigen Monats hier eingegangen sind, und da

I., die ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde anlangend,

Grav. 1. sich als frivol darstellt, weil der gerügte Legitimationsmangel — der ohnehin doch nur einen Grund gegeben haben würde, den Act der Publication des angefochtenen Erkenntnisses zu wiederholen, — durch die in der neuen Vollmacht des beklagtischen Anwaltes ausdrücklich erklärte Genehmigung alles bisher Verhandelten vollständig beseitigt ist, woran die vorausgegangene „Einlegung" der klägerischen Nullitäts- und einfachen Beschwerde um so weniger etwas ändern konnte, als dieselbe eine für die Formalien beider Rechtsmittel bedeutungslose Handlung bildete;

Grav. 2. unbegründet erscheint, weil der Umstand, daß die in der Beschwerde genannten vier Richter an der Abfassung des cassirten Obergerichtsurtheils vom 7. November 1859 Theil genommen haben, ohne daß sie selbst von dem Grunde der ergangenen Cassation berührt wurden, sie nach Maaßgabe des § 292 der Brem. Gerichtsordnung nicht unfähig machte, ihr Richteramt in der vorliegenden Sache ferner auszuüben, die mögliche Neigung, bei dem Inhalt der cassirten Entscheidung zu verharren, vielmehr nur etwa zur Begründung eines Recusations-Antrages mit hätte benutzt werden können, insbesondere die Analogie von

c. 35. X. de off. et pot. jud. deleg.
(1. 29.)

Digitized by Google

auf etwas Weiteres nicht hinführen würde, und da der vom Kläger ferner hervorgehobene Umstand, daß durch Abgabe des cassirten Erkenntnisses den Parteien Kosten und Zeitverlust verursacht worden seien, schon darum unerheblich erscheint, weil es an der thatsächlichen Angabe jedes Grundes fehlt, weshalb die fraglichen vier Richter für diese Nachtheile verantwortlich sein sollten, selbst wenn dies aber auch der Fall wäre, hierdurch allein eine „besondere Beziehung zu der Streitsache" selbst so wenig begründet werden würde, wie durch irgend einen sonstigen Fehler in der Prozeßleitung oder Entscheidung, wodurch den Parteien ein vergeblicher Zeit- und Kostenaufwand verursacht wird;

so viel endlich

Grav. 3 betrifft, das Obergericht, indem es von der Ansicht ausging, daß der Klaganspruch selbst dann unbegründet sein würde, wenn die fragliche Vorschußforderung, mit einem Pfandrecht an Schiff und Fracht versehen gewesen sein sollte, gar keinen Anlaß hatte, die Bestimmungen des Hamburgischen Rechtes, woraus der Kläger die Existenz eines solchen Pfandrechtes herzuleiten gesucht hat, einer Prüfung zu unterwerfen, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit jener präjudiciellen Auffassung des Obergerichts aber nach § 41 der Oberappellations-Gerichtsordnung keinen Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde bildet, daher auch dieses gravamen grundlos ist; da

II., die vom Kläger gleichzeitig erhobene einfache Beschwerde sich schon aus dem Grunde als unstatthaft darstellt, weil sie gegen ein auf Rechtsgründe gestütztes richterliches Erkenntniß gerichtet ist;

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Frist der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 28. Januar 1861 ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, dieses Rechtsmittel selbst aber, wie hiemit geschieht, als unbegründet und die damit verbundene einfache Beschwerde als unstatthaft zu ver-

Digitized by Google

werfen, der Kläger auch in die Koſten dieſer Inſtanz zu verurtheilen ſei; und ſoll das Obergericht, unter Rückſendung der Voracten, um Inſinuation dieſes Erkenntniſſes an die Beklagten erſucht werden.

V. R. W.

Urkundlich gegeben zu Lübeck, den 18. Mai 1861.

Zur Beglaubigung

(L. S.)

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellationssachen Georg Rutenberg zu Bremen, Liquidantens und Intervenientens, jetzt Appellantens, wider die Curatoren der Kinder erster Ehe von Georg Daniel Lürssen, Dr. Kiesselbach und Dr. Schlodtmann daselbst, Liquidanten und Interventen, jetzt Appellaten, Prioritätsstreit betreffend; ad causam der Letzteren wider Dr. Albers als Concurs-Curator von Georg Daniel Lürssen, Liquidaten, pto. Erbansprüche der Kinder erster Ehe auf den mütterlichen Nachlaß, erkennt unter Verweisung auf die in allen wesentlichen Puncten durchaus zutreffenden Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Erkenntnisses, das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 31. October 1859, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten jetziger Instanz, zu bestätigen sei,

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an die Concurs-Commission zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 20. Juli 1861.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) Dr. **Bruhns**, Canzlist.

Loco Secretarii.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Johann Heinrich Bergmann zu Bremen, Liquidantens und Intervenientens, jetzt Appellantens, wider die Curatoren der Kinder erster Ehe von Georg Daniel Lürssen, Dr. Kiesselbach und Dr. Schlodtmann daselbst, Liquidanten und Interventen, jetzt Appellaten, Prioritätsstreit betreffend; ad causam der Letzteren wider Dr. Albers als Concurs-Curator von Georg Daniel Lürssen, Liquidaten, pto. Erbansprüche der Kinder erster Ehe auf den mütterlichen Nachlaß, erkennt unter Verweisung auf die Entscheidungsgründe der Sententia a qua das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 31. October 1859, unter Verurtheilung Appellantens in die Kosten jetziger Instanz, zu bestätigen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an die Concurs-Commission zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 20. Juli 1861.

Zur Beglaubigung

(L. S.)

(unterz.) Dr. Bruhns, Canzlist.

Loco Secretarii.

Urtheil.

In Appellationssachen des Norddeutschen Lloyd zu Bremen, vertreten durch Carl Conrad Eduard Crüsemann und Hermann Peters daselbst, Beklagtens, jetzt Appellantens, gegen Capitain Mads Nielsen Paulsen aus Fanöe, ehemals führend den Schooner Woldborg & Catharina, Klägern, jetzt Appellaten, Uebersegelung, jetzt Beweisführung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 5. März 1860 aus dem in demselben und in dem Handelsgerichts-Erkenntnisse vom 12. September 1859 gegebenen Entscheidungsgründen, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, auch der Beklagte in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 26. September 1861.

Zur Beglaubigung

(L. S.)

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellations-Sachen Osterloh & Comp. zu Bremen, Beklagten, jetzt Appellanten, gegen Löning & Feuerstein zu Sct. Francisco, Kläger jetzt Appellaten, betreffend Rückzahlung eines Vorschusses auf eine Waaren-Consignation, erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 30. Januar 1860, wie hiemit geschieht, aufzuheben und die Kläger in einem vom Handelsgerichte anzusetzenden Termine, den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, unter dem Rechtsnachtheile, daß die in der Anlage 1 zur Klage — Handelsger.-Acten [3] — aufgeführten Preise bei der Feststellung des Rechnungsverhältnisses zu Grunde zu legen, den Beweis zu führen schuldig seien:

daß sie, die Kläger, ungeachtet der Aufwendung der einem ordentlichen Kaufmanne obliegenden Sorgfalt, dennoch nicht im Stande gewesen seien ein höheres, eventuell ein nur um wie viel höheres Verkaufs-Ergebniß für die ihnen von den Beklagten consignirten Spirituosen zu erlangen, als den in den Anlagen 2 und 3 zur Klage -- Handelsgerichts-Acten [4] und [5] — angegebenen Brutto-Erlös,

die Beklagten aber zu dem in demselben Termine zu führenden Beweise zuzulassen seien:

daß und welchergestalt sie, die Beklagten, den Klägern ein Limitum zu den in der Anlage 1 — Handelsger.-Acten [3] — angesetzten Preisen der con-

Digitized by Google

signirten Spirituosen, und zwar frei ab Hamburg, ertheilt haben;

wogegen den Klägern der directe Gegenbeweis, so wie auch — hier den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — der Beweis vorbehalten bleibe:

daß die Beklagten bei dem unter Limitum zu den in Actor. [4] und [5] aufgeführten Preisen geschehenen Verkaufe, keinen Nachtheil erlitten haben.

Und wird je nach dem Ausfalle dieser Beweise demnächst weiter zu erkennen sein, was Rechtens.

Die Kosten dieser und der vorigen Instanz werden compensirt, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 26. September 1861.

(L. S.) Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Entscheidungsgründe.

Die Beurtheilung der beklagtischen Appellation hing vor Allem von der Frage ab, welche Klage von den Klägern angepag. 2.
stellt worden sei, und inwieweit die einzelnen Streitpuncte in das Gebiet resp. der Klag[e]gründung oder der Einreden gehören. — Auch das Obergericht hat diese Erwägung an die Spitze seiner Argumentation gestellt. — Hiebei ist es, und zwar mit Grund, von der Annahme ausgegangen, daß eine actio mandati contraria Seitens der Kläger erhoben sei. Die Kläger hatten nämlich als Consignataire (Verkaufs-Commissionaire) der Beklagten gehandelt, und in dieser Eigenschaft mußten sie im Wesentlichen als Mandatare derselben behandelt werden. Als solche haben sie den Beklagten den Vorschuß ertheilt, welchen sie gegenwärtig theilweise zurückfordern, und es ist also nicht etwa ein selbstständiges Darlehnsgeschäft, auf welches sie ihre Klage stützen. Sie konnten hiernach nicht mit pag. 3.
einer condictio ex mutuo auftreten, sondern es lag ihnen ob, sogleich bei der Klagstellung Rechnung über die Consignations-Ausführung abzulegen, indem der Vorschuß nur dann und nur soweit einen Gegenstand der Rückforderung bildete, wenn und insoweit das Verkaufs-Ergebniß hinter dem Belauf desselben zurückgeblieben war, falls nicht etwa, wovon indessen hier Nichts vorliegt, Unverkäuflichkeit der Waare oder sonstige besondere Umstände auf ein anderes Ergebniß hingeführt hatten.

Die Kläger haben denn auch der ihnen nach dem Vorbemerkten obliegenden Verbindlichkeit entsprochen, und sofort bei der Klagstellung Verkaufrechnungen über die ihnen consignirten Spirituosen vorgelegt („Account sales Act. 4 und 5.“) Wenn das Obergericht in Betreff derselben bemerkt hat, die Kläger pag. 4.
hätten eine an sich als richtig anerkannte Rechnungsablage

gegeben, so ist dem freilich insofern beizutreten, als die Beklagten gegen die Formirung der Abrechnungen keine Einwendungen erhoben haben; dagegen ist der materielle Inhalt der Rechnungsablage in seinem Haupttheile von den Beklagten angefochten worden. Diese bestreiten es, daß die von den Klägern als erreicht angegebenen Verkaufspreise die ihnen, den Beklagten, ordentlicher Weise zu berechnenden seien; sie beziehen sich hiebei auf die Consignations-Factura Anl. 1. zur Klage (Act. [3]), bezeichnen die in derselben aufgeführten Preise als Limiten, unter welche ohne ihre Genehmigung nicht hätte hinabgegangen werden
pag. 5. dürfen und verlangen eventuell Rechtfertigung des Verfahrens der Kläger, insofern diese ein Resultat vorlegen, welches gegen jene, wenn nicht als Limiten zu betrachtenden, denn doch als muthmaaßliche Werthschätzung anzusehenden Preise erheblich zu ihrem, der Beklagten, Nachtheil abweiche.

Wenn unter diesen Umständen das Obergericht die Klage für liquid erklärt, und in den Einwendungen, welche die Beklagten gegen die Verkaufsrechnungen vorgebracht haben, eine Schadensforderung erblickt hat, welche im Wege der Compensation geltend gemacht werde, so kann dem nicht beigetreten werden. Die Kläger sind als Consignataire, mochten sie von den Consignanten, den Beklagten, auf Rechnungsablage belangt sein, oder — wegen des ertheilten Vorschusses — Veranlassung haben, mit der actio mandati contraria ihrerseits klagend
pag. 6. aufzutreten, in der Lage, die von ihnen vorgelegte Abrechnung den Monitis der Beklagten gegenüber so weit justificiren zu müssen, wie dies nach der Natur des Geschäfts und den Umständen des Falles ihnen an sich obliegt. Die processualische Lage kann hier an Demjenigen Nichts ändern, was sich aus den Grundsätzen ergiebt, nach welchen das vorliegende Contractverhältniß an sich zu beurtheilen ist. Von diesen Grundsätzen kommen aber hier die folgenden in Betracht:

Die Kläger hatten

1) nicht etwa nur, wie das Handelsgericht

H. G. Acten [11] p. 8.

angenommen hat, diligentiam, quam in suis rebus, sondern

summam diligentiam zu leiſten. Denn ſie waren, wie ſchon pag. 7.
bemerkt worden, als Conſignataire im Weſentlichen Mandatare,
und der Mandatar hat den höchſten Fleiß zu leiſten. Das
Obergericht ſtimmt ohne Zweifel hiemit überein, wenn es

Motive zur sent. a qua S. 4/5.

ſich dahin ausſpricht, der Conſignatair (Commiſſionair) ſei zur
Leiſtung deſſen für verpflichtet zu achten, was ein bonus pater
familias bei der Beſorgung ſeiner Geſchäfte aufwende, wie denn
auch das Ober-App.-Gericht in früheren Fällen die in Rede
ſtehende Verpflichtung nach Demjenigen beurtheilt hat, was
ordentliche und ſorgfältige Commiſſionaire unter gleichen Um-
ſtänden zu thun pflegten, von welcher Auffaſſung auch bei der
vorliegenden Sache auszugehen iſt. — Den pag. 8.

2ten Punkt, auf welchen es ankommt, bildet die Frage nach
der Auskunfts- und resp. Juſtificationspflicht der Conſignataire. —
In Bezug hierauf weichen die Erkenntniſſe der früheren Richter
von einander ab. Das Handelsgericht hatte — übrigens
ohne ein Präjudiz für den Fall der Nichterbringung zu ſtellen —
den Klägern den Beweis aufgelegt:

daß ſie bei den fraglichen Verkäufen den in ihren
eigenen Geſchäften beobachteten Fleiß angewendet hätten,

wohingegen das Obergericht die Beklagten als beweis-
pflichtig behandelte und ihnen zur Pflicht machte, darzulegen,
daß und welchergeſtalt die Kläger es an der gehörigen Diligenz pag. 9.
hätten fehlen laſſen, und daß ein höherer Preis als der in den
Verkaufrechnungen angegebene, und zwar ein wie viel höherer,
bei Anwendung ſolcher Diligenz zu erzielen geweſen ſei. — Hier
mußte von der Obergerichts-Annahme abgewichen werden. —
Der Conſignatair oder Commiſſionair iſt, wie jeder gewöhnliche
Mandatar, ſeinem Auftraggeber über das für ihn erledigte Ge-
ſchäft auskunftspflichtig, und zugleich ſchuldig, dieſe Auskunft,
ſo weit wie es den Umſtänden nach für erforderlich zu achten iſt,
zu bewahrheiten. Eine Präſumtion dahin, daß der Mandatar
das Intereſſe des Mandanten gehörig gewahrt habe, exiſtirt nicht,
und die Bebürdung dieſes Letzteren mit dem Beweiſe, daß ein
von Jenem behauptetes ungünſtiges Ergebniß der Geſchäfts- pag. 10.

Digitized by Google

Ausführung einer besonderen Verschuldung desselben beizumessen sei, würde ihn, den Mandanten, in eine ungehörige und unnatürliche nachtheilige Lage bringen.

Es kommt indessen hiebei wesentlich auf die Grenzen der dem Mandatar und speciell dem Commissionair oder Consignatair obliegenden Auskunfts- und Justificationspflicht an. Diese ist nach der Verschiedenheit der Fälle verschieden zu bestimmen Je weiter der Bereich ist, welcher dem Ermessen des Commissionairs freigelassen worden war, eine desto größere Bedeutung darf dieser schon seinen bloßen — eventuell eidlichen — Erklärungen beilegen.

Vgl. Hamb. Statut II, 12, 8.
Lüb. Statut III, 6, 20.

pag. 11. Ferner kommt es auf die Punkte an, auf welche die Monita und das Justificationsverlangen des Committenten gerichtet sind. Während das Gewöhnliche und ordentlicher Weise Vorkommende meistens einer Bewahrheitung überhaupt nicht bedarf, muß der Commissionair in solchen Fällen, in welchen das vorgelegte Resultat der Geschäfts-Ausführung in erheblichem Maaße ungünstig sich darstellt, nachweisen, daß den äußeren Umständen, nicht seinem Verhalten, der eingetretene Nachtheil beizumessen sei.

Dies auf den vorliegenden Fall angewendet, führt dahin, den Klägern die Justification der vorgelegten Verkaufrechnung in Beziehung auf die darin aufgeführten Verkaufspreise zur Pflicht zu machen. Denn wenngleich auf den Punsch-Extract
pag. 12. kein nennenswerther Verlust gegen den in der Consignations-Factura aufgeführten Preis sich ereignet hat, da die gelöseten Netto 103 ℔ zu dem Course des *C. C.* von 83½ *c.* für 1 ℛ circa 123 ℛ ausmachen, welche den facturirten 125 ℛ fast gleich kommen, so ist doch bei dem Verkauf des Cognac ein sehr bedeutender Ausfall eingetreten. Es sind nur gelöset 1397 ℔, oder nach obigem Course circa 1673 ℛ, während 3600 ℛ facturirt worden sind, folglich der Erlös nahe an 2000 ℛ weniger, als erwartet gewesen, betragen hat. Dies macht im Ganzen einen Verlust von circa 53½ Procent aus, wovon freilich nach den bezüglichen Angaben der Kläger circa 13 Procent

auf die Leccage kommen, indessen doch selbst hiernach 40 Procent für den Preis übrig bleiben.

Anlangend hiernach die einzelnen Beschwerden der Beklagten, so ist die pag. 13.

1ste derselben dahin gerichtet, daß nicht angenommen worden sei, in der Aufführung der Preise in der Consignations-Fractura

Anl. 1 zur Klage Act. (3.)

liege ein Limitum, und daß nicht demgemäß die Kläger ohne Weiteres an jene Preise gebunden geachtet worden seien, während nach der Auffassung der vorigen Richter die Beklagten, um zu diesem Resultate zu gelangen, erst den Beweis einer allgemeinen, eventuell einer im Handelsverkehre zwischen Bremen und Sct. Franzisco geltenden kaufmännischen Usanz führen sollten.

Diese Beschwerde war zu verwerfen. Die Behauptung, daß in der Aufführung von Preisansätzen in Consignations-Facturen die Feststellung derselben als Limiten zu erblicken sei, ist grundlos. pag. 14.
Jene Aufführung kann einen andern Zweck haben, und wie die Erfahrung lehrt, hat sie ihn der Regel nach; den Zweck nämlich, dem Consignatair bemerklich zu machen, welches Resultat der Consignant als einen seinen Erwartungen entsprechendes, oder doch gehofftes, ansehe. Wenn aber auch nur die Möglichkeit vorhanden ist, daß der Preisaufführung die letzt erwähnte Absicht zu Grunde liege, so kann von einer Befreiung der Beklagten von der Beweisführung — vorausgesetzt, daß sie, worüber bei den Beschwerden 2 und 3 das Nähere zu bemerken sein wird, im Allgemeinen die Beweislast trifft — nicht die Rede sein. Das Ober-Appellationsgericht hat sich denn auch schon früher in den bereits in den Voracten citirten Fällen

Köhler c. Köhler — Hamb. 1846. pag. 15.

Baagöe c. Heißenbüttel — Hamb. 1847.

über die Bedeutungslosigkeit der facturirten Preise in der angegebenen Beziehung ausgesprochen.

Hieran kann auch im concreten Falle dadurch Nichts geändert werden, daß die Facturapreise nicht einseitig und willkürlich von den Beklagten bestimmt worden sind, sondern, wenn sie auch

nicht, wie von den Letzteren behauptet wird, eine Anerkennung als wirklicher Schätzungen des damaligen Werthes Seitens des klägerischen Theilhabers Löning gefunden haben sollten, doch von diesem als allgemeine Richtschnur und muthmaßliche Werthbestimmung dadurch hingenommen worden sind, daß nach ihnen
p. 16. der vereinbarte Vorschuß von 75 pCt. bestimmt worden ist. Denn selbst wenn ein vollständiges Einverständniß des Consignanten und der Consignatairs über den Werth, welchen eine zum auswärtigen Verkauf bestimmte Waare am Verschiffungsplatze hat, stattgefunden haben sollte, so könnte doch hieraus auf einen bestimmten Inhalt des Consignationsauftrages, nämlich, daß der Consignatair nicht unter jenem Werthe verkaufen dürfe, einleuchtender Weise nicht geschlossen werden. Die

Beschwerden 2 und 3 betreffen einen und denselben Gegenstand. Sie haben den Zweck, die Beklagten von der Beweislast in Betreff der Verkaufs-Limitirung zu befreien und dagegen den Klägern den Beweis zur Pflicht zu machen, daß
p. 17. das Geschäft ohne Limitum zum Abschlusse gekommen sei.

Hier mußte den vorigen Richtern bei der Bestimmung der Beweislast beigetreten werden, und zwar ohne daß von dem § 165 der Brem. Gerichtsordnung, auf welchen die Beklagten sich berufen, Anwendung zu machen wäre. Schon oben ist ausgeführt worden, daß es bei der Beurtheilung der vorliegenden Sache und der Entscheidung der einzelnen Streitpunkte auf die Zufälligkeit der prozessualischen Parteirolle nicht ankomme, und dem muß auch hier Folge gegeben werden. Es gehört aber, wenn zwischen dem Mandanten und dem Mandatar über den Inhalt, den Umfang und etwanige Schranken des ertheilten Auftrages gestritten wird, und der Mandant, wie hier der Fall,
p. 18. aus einer besonderen Beschränkung des Mandats Rechte für sich in Anspruch nimmt, zu dem von ihm zu beweisenden Theile des Contractes, daß die Beschränkung — hier die Limitirung — vereinbart worden sei.

Bei der Beweisfassung der vorigen Richter war zu verbleiben. Freilich ist in dem Wortlaute derselben nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, daß die Beklagten den fraglichen

Digitized by Google

Punkt auch durch die Nachweisung der nach ihrer Angabe im Handelsverkehr zwischen Bremen und St. Francisco geltenden kaufmännischen Usanz — wonach die Aufführung von Preisansätzen in Consignations-Facturen die in Rede stehende Bedeutung haben soll — herstellen könnten, allein, daß es die Absicht des Obergerichts gewesen ist, den Beklagten auch jenen Nachweis zu gestatten, kann nach p. 17. 18. der Entscheidungs- p. 19.
gründe nicht in Zweifel gezogen werden, und ist auf diesen Gegenstand das in dem Beweissatze vorkommende Wort „solchergestalt“ zu beziehen, welchem auch vom Ober-Appellationsgerichte in der beizubehaltenden Fassung dieselbe Bedeutung beigelegt wird.

Den in der

4. Beschwerde behandelten Punkt bildet die schon erörterte Frage, ob die Beklagten den Beweis klägerischer Negligenz, oder die Kläger den Beweis ihrseitiger Deligenz zu führen hätten. Dem darüber oben Ausgeführten ist nur noch hinzuzufügen, daß als Präjudiz klägerischer Nichtführung des Diligenz-Beweises die Verpflichtung der Kläger aufgestellt werden mußte, die facturirten Preise den Beklagten in Rechnung zu bringen. p. 20.
Dies ergiebt sich aus dem bereits hervorgehobenen Umstande, daß jene Preise unter den Parteien als muthmaßliche Werthschätzung der consignirten Waaren angenommen worden sind. — Selbstverständlich ist es hiebei, daß die Führung des bei Gelegenheit der folgenden Beschwerde zu berührenden Beweises der Kläger, diesen auch hier zu Gute kommen müßte, da durch denselben eine etwanige ihrseitige culpa als eine culpa sine effectu würde nachgewiesen werden. — Die hierdurch berührte

5. Beschwerde hat den Zweck, die den Klägern vom Obergerichte gemachte Beweis-Reservation zu beseitigen, zufolge welcher dieselben sich gegen die Folgen der Verletzung der ihnen etwa gestellten Limiten dadurch sollten schützen dürfen, wenn sie p. 21.
erweisen würden, daß die Kläger bei den Verkäufen unter Limitum keinen Schaden erlitten hätten. — Bei diesem Punkte mußte jedoch dem Obergerichte beigestimmt werden.

Das Ober-Appellationsgericht hat beständig den, nunmehr auch in den Entwurf zum deutschen Handelsgesetzbuche (Art. 363)

Digitized by Google

aufgenommenen Grundsatz festgehalten, daß dem Verkaufs-Commissionair, welcher wegen Nichtberücksichtigung des Limitums dem Committenten bis zum Belaufe dieses letzteren verantwortlich ist, der Beweis nachzulassen sei, der Committent habe durch den Verkauf unter Limitum überhaupt keinen Schaden, oder doch keinen Schaden der in Betracht kommenden Größe, erlitten.

Vergl. Erk. in S. Greuter & Rieter c. Schwabe & Co., 1842 (Hamb. Samml. Aeltere Erkenntniss. Bd. 1. S. 54.)

p. 22. Vergl. Erk. in S. Andrien Blot c. Otto, 1818. (Römer Frankf. Samml. Bd. 4. S. 436.)

Und dabei mußte auch in dem vorliegenden Falle verblieben werden.

Die Beklagten vermissen hier eventuell eine gehörige Substanziirung der in Rede stehenden Anführung der Kläger. Allein eines Weiteren, als was Seitens der Letzteren vorgebracht worden ist, daß nämlich selbst dann, wenn mit dem Verkaufe längere Zeit gezögert worden wäre, dennoch ein höherer Preis nicht zu verlangen gewesen sein würde, bedurfte es, wenigstens für jetzt nicht.

Die Beschwerden 6 und 7 sind theils consecutiv, theils
p. 23. haben sie keine selbstständige Bedeutung, und mußte nach dem Obigen in der Sache, so wie im Urtheile angegeben, erkannt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellationssachen Johann Heinrich Warncken, zu Bremerhaven, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Franz Wilhelm Ehrlich und Heinrich Jürgens, als Vormünder des Heinrich Fouckhardt daselbst, Kläger, jetzt Appellaten und Adhärenten, Forderung eventualiter Cautionsleistung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu erachten, und Materialien anlangend, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 10. October 1859 zwar im Uebrigen soviel die Hauptsache betrifft, zu bestätigen, der klägerische Cautionsantrag aber in Betreff des eingeklagten Capitals für bereits liquid nicht zu halten, Kläger vielmehr auch in soweit den ihnen in gedachtem Erkenntnisse auferlegten Beweis zu führen schuldig, jedoch die hiergegen den Beklagten und dawider den Klägern freigelassenen Beweise in Wegfall zu bringen seien.

Und wird nunmehr unter Aussetzung der Entscheidung über die Kosten erster und unter Vergleichung der Kosten voriger und jetziger Instanz, die Sache zum weiteren Verfahren an das Amt Bremerhaven zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. September 1861.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der Behauptung der Kläger, es habe kurz vor seinem Tode
p. 2. C. H. Meyer, der natürliche Vater ihres Mündels, daß er letzterem 500 ℛ zu schenken beabsichtige, dem Beklagten mit der Bitte eröffnet, diese Summe in Empfang zu nehmen, bei der Sparcasse, oder, wie sie replicando erläuternd bemerkten, auf sonstige sichere Weise zu belegen und sammt den aufgelaufenen Zinsen, wenn jener sein 25. Lebensjahr zurückgelegt haben werde, demselben auszukehren; es habe jedoch Beklagter dies von ihm acceptirte und vor Empfang des Geldes mittelst Handschlages zu erfüllen gelobte „Mandat" nicht erfüllt,

vgl. Act. 1. Inst. [2] p. 2.

ist zwar bereits excipiendo dies entgegengestellt, und im Verlauf
p. 3. der Verhandlungen eben so entschieden als in mannigfacher Richtung dem insistirt worden, daß Meyer obige Summe dem Beklagten selbst nur mit der Auflage geschenkt habe, das Capital, jedoch lediglich dieses, und nicht auch die davon inzwischen erzielten oder zu erzielenden Zinsen, entweder im vollen Betrage von 500 ℛ, oder unter gewissen excipiendo näher angegebenen, später nicht eingetretenen Umständen bis zum Belaufe von 400 ℛ dem klägerischen Mündel seiner Zeit, wenn nämlich dieser das 25. Lebensjahr erreichen sollte, und wirklich erreicht hätte, auszuzahlen.

Vgl. ibid. [4] p. 2. 3. [6] p. 1. 2.
D. Ger. Act. [3] p. 2. 3.
D. A. Ger. Act. [1] p. 6—8.

Es war indessen unbedenklich dem replicarischen Einwande der Kläger und der Ansicht des ersten Erkenntnisses

p. 4. vgl. Act. 1r Inst. [5] p. 2. 3. und [9] p. 11.

beizutreten, daß jenes exceptivische Vorbringen nach dessen ganzem Sinne und Wortlaute das Zugeständniß des Beklagten enthalte, nur zum Scheine, und um den Gläubigern Meyer's jeden etwanigen Anspruch an jenes Capital unmöglich zu machen oder

Digitized by Google

doch zu erschweren, sei das von Meyer zu Gunsten seines natürlichen Sohnes intendirte Geschäft in die Form einer dem Beklagten zugewendeten donatio sub modo gekleidet worden. Bei solchergestalt klar vorliegendem Beweise der Simulation erscheint es denn nicht bloß ungerechtfertigt, über die Replik selbst noch ein Beweisverfahren eintreten zu lassen, sondern es kann auch jene donatio sub modo, weil solche bewandten Umständen nach, wenn in factischer Wahrheit beruhend, doch rechtlich p. 5.
bedeutungslos wäre, überhaupt nicht weiter bei Entscheidung des hier obwaltenden Streits in Betracht gezogen werden. Es wird vielmehr Letzterer nur unter dem von den Klägern geltend gemachten Gesichtspuncte Gegenstand weiterer Prüfung sein können, daß Meyer zum Behufe einer für spätere Zeit beabsichtigten Schenkung an den klägerischen Mündel dem Beklagten ein von diesem übernommenes Mandat in der aus den Klaganbringen näher ersichtlichen Weise ertheilt habe.

Soviel nun von diesem Gesichtspuncte aus zunächst

I. Die von den Klägern gestellten Principal-Anträge betrifft, daß nämlich Beklagter zur Zahlung von Ld'or.ℛ 500, nebst 4 pCt. Zinsen seit dem 20. März 1855 (als dem unbestrittenen Todestage Meyer's) oder doch zur Ueberlieferung eines p. 6.
auf des Pupillen Namen lautenden Sparcassenbuchs mit dem Guthaben von Ld'or.ℛ 500 und den angegebenen Zinsen verurtheilt werde, so haben anbelangend

A) die dermalige Lage der Sache und das gegenseitige Verhältniß wie die formelle Statthaftigkeit der jetzt zur Entscheidung stehenden Beschwerden, beide Parteien sich über denjenigen Theil der sent. a qua beschwert, worin die obigen Anträge für „zur Zeit" und „angebrachtermaßen" unstatthaft erklärt und verworfen worden sind.

1) Beklagter und Appellant, zu dessen Gunsten auf Grund seines in voriger Instanz gestellten Grav. III,

vgl. O. Ger. Act. [3] p. 2 und p. 9 flg. p. 7.

die in erster Instanz von den Klägern erstrittene Condemnation des Beklagten zur Zahlung von 500 ℛ nebst Zinsen

vgl. Act 1r Inst. [9] p. 7.

aufgehoben und in eine vorläufige Klagabweisung verwandelt ist, hat zwar die von ihm vorangestellten beiden ersten Beschwerden

Vgl. O. A. G. Act. [1] p. 2. 3 mit p.

nach deren Fassung nur gegen die mit dieser Abweisung verbundene Entscheidung in Betreff der event. von Klägern verlangten Cautionsleistung, auf welche unten näher einzugehen sein wird, gerichtet. Im Grav. 3 findet sich indessen die in voriger Instanz der Bitte um vorläufige Abweisung der Klage
p. 8. vorangestellte Principal-Beschwerde wörtlich wiederholt, daß nicht unter Verurtheilung der Kläger zum Kostenersatze die Klage als „unbegründet" verworfen worden sei. Noch deutlicher aber läßt die auf die drei ersten Beschwerden zugleich gerichtete Justification, insbesondere die an deren Schlusse

vgl. O. A. G. Act. [1] p. 12,

vorkommende Behauptung, es gebe kein Klagerecht der Vormünder, weder auf Zahlung noch auf Cautionsleistung, noch auf Zinsvergütung, erkennen, daß der nächste und hauptsächlichste Zweck der beklagtischen Appellation kein anderer sei, als daß sofort, oder aber (worauf die dem Grav. 5 voriger Instanz entsprechenden jetzigen Beschwerden sub 5 und 6 gehen) je nach Ausfall eines annoch zu eröffnenden Beweisverfahrens, eine
p. 9. gänzliche und vollständige Abweisung der klägerischen Anträge eintrete, und daß so auch die in dem ersten Theile der Sent. a qua zu Gunsten des Beklagten ergangene Entscheidung als eine vermeintlich immer noch den Klägern zu günstige mittelst Weiterverfolgung der vom Obergerichte verworfenen Principalbeschwerde voriger Instanz bestätigt werde.

Danach kann denn

2) die formelle Stattnehmigkeit der principalen Adhäsivbeschwerde der Kläger, selbst abgesehen von des Beklagten Erklärung, nichts dagegen erinnern zu wollen,

vgl. O. A. G. Act. [14] p. 2.

keinem Zweifel unterliegen. Denn mittelst dieser haben die Appellaten

vgl. ibid. [11] p. 9.

p. 10. Herstellung des Erkenntnisses erster Instanz, also gleichfalls

Beseitigung der zur Zeit und angebrachtermaßen vom Obergerichte erkannten Klagabweisung, allein in entgegengesetzter Richtung, als vom Beklagten geschehen, nämlich dahin verlangt, daß nicht bloß ihre Klage überhaupt und schon jetzt zugelassen, sondern auch ohne alle weitere Beweisführung Beklagter den Principalanträgen des Klagelibells gemäß zur Auszahlung der streitigen Summe von 500 Rg verurtheilt werde.

B) Für materiell begründet war indessen keine dieser beiderseitigen Beschwerden anzuerkennen, somit die Bestätigung der Sent. a qua ganz unbedenklich.

Zwar dürfte es

1) mehr als fraglich sein, ob in der Allgemeinheit, wie es von den vorigen Richtern geschehen ist, davon auszugehen ist, p. 11.
daß im heutigen Recht ein Vertrag zu Gunsten Dritter auch diesen ein klagbares Recht gebe. Indessen bedurfte es näheren Eingehens auf die desfallsigen Erörterungen der Parteien, insbesondere auf die des Beklagten, welcher seinen in höherer Instanz gestellten Antrag auf Abweisung der Klage als einer gänzlich unbegründeten vornämlich damit motivirt, daß die in jener Beziehung geltenden Bestimmungen des Röm. Rechts keineswegs antiquirt und alterirt sein, insofern nicht, als

2) wenigstens im vorliegenden Fall kein Zweifel obwalten kann, daß aus dem lediglich zwischen Beklagten und dem verstorbenen Meyer getroffenen Abkommen, auch für den klägerischen p. 12.
Mündel ein klagbares Recht erwachsen sei.

Bekanntlich ist ein Mandat — und nur um ein solches handelt es sich hier für den Beklagten, da dessen Einwand, die streitige Summe sei ihm selbst, nur unter der Auflage, eintretenden Falls solche dem Fouckhardt zuzuwenden, geschenkt worden, in Folge der völlig liquiden replica simulationis nicht weiter in Betracht kommt, dahin völlig zulässig, daß der Mandatar nicht sowohl die Geschäfte des Mandanten selbst als die eines Dritten geriren solle,

L. 2. § 2. D. mandati

und kann es, dafern Letzterer nur selbst oder durch einen rechtmäßigen Vertreter solches ratihabirt, was vorliegend jedenfalls

Digitized by Google

p. 13. durch die von den Vormündern beliebte Klageanstellung geschehen ist, nicht bezweifelt werden, daß dem materiell allein oder mitbetheiligten Dritten trotz mangelnder Mitwirkung zu jenem Auftrag, doch aus demselben auf eine mit demselben conformen Geschäftsführung und auf Erfüllung aller damit ausdrücklich verbundener Verbindlichkeiten ein selbstständig klagbares Recht erwachse.

Vgl. L. 24. D. de neg. gest. [3. 5.]

Von dieser Art aber ist das hier vorliegende Abkommen, bei welchem der Inhalt des vom Beklagten übernommenen negotii alieni die Aufbewahrung und Verwaltung des zwar dem Beklagten übergebenen, aber nur zu einer Schenkung für Fouckhardt bestimmten Capitals bildete, welches, obwohl diesem erst dereinst auszuantworten, doch alsbald sein vermögensrechtliches Interesse mitberührte.

p. 14. Verwerflich wie hiernach die beklagtische Beschwerdeführung erscheint, ist aber auch, was die klägerische Adhäsionsbeschwerde beseitigt und die vom Obergerichte beliebte vorläufige Abweisung der Klage als gerechtfertigt darstellt,

3) so viel klar, daß die Ratihabition, aus welcher das Klagrecht bei derartiger Geschäftsübertragung erwächst, nur unter den Modalitäten und Beschränkungen dem Betheiligten gestattet sein und für ihn wirksam werden kann, welche der Mandant seinerseits bei Ertheilung des Auftrages beliebt hatte. Dazu gehört nun vorliegend nach beiderseitigem Vorbringen und Anerkenntnisse unbestritten dies, daß der Pupill selbst die Aus-
p. 15. übung des ihm zufallen sollenden Eigenthums, also Besitz und Vertretung wie Verwaltung und Nutzung jener Summe, nicht vor vollendetem 25. Lebensjahre erhalte. Nur also innerhalb dieser Schranke, welche, wenn auch überhaupt nur von obligatorischer Wirkung, doch als solche für die Kläger eben so besteht, wie für die Person des Pupillen, kann von einem aus jenem Geschäftsauftrage erwachsenen Anspruche und Klagerechte die Rede sein; es wäre denn, daß besondere Rechtsgründe erweislich vorlägen, welche eine Hintansetzung der von Meyer als Geschenk-

Digitized by Google

und Auftraggeber beliebten Modalität erheischen oder doch rechtfertigen.

Dazu genügt aber zunächst

a) der mit Wegfall der exceptio donationis sub modo allerdings für den Beklagten vollkommen liquide Mangel jedes pecuniären Interesses an Fortsetzung der ihm zugewiesenen Geschäftsverwaltung in keiner Weise. Denn einerseits hat Meyer p. 16.
gerade in dieser eine besondere Sicherung, sei es aus welchen Gründen immer, und wenn auch ohne allen genügenden Grund gefunden. Andererseits findet Beklagter in der Uebertragung dieser Administration nicht ohne Grund den Beweis eines in ihn von Meyer gesetzten Vertrauens, welchem zu entsprechen er als einen Ehrenpunct ansehe, und so darf er denn mit Recht seine existimatio gefährdet erachten, durch jede wider seinen Willen und ohne genügenden Grund herbeigeführte gänzliche Aufhebung des Mandats. Dieses aber würde mit dem Augenblicke von selbst und nothwendig eintreten, wo er den Klägern jene ihm anvertraute Summe auszuzahlen oder das über deren zinsbare Belegung ausgestellte Sparcassenbuch auszuantworten hätte, und p. 17.
sein desfallsiger Widerspruch erscheint mithin, obwohl die Administration von geringer, und in pecuniärem Betrachte von gar keiner Bedeutung ist, doch als rechtlich wohl begründet.

Es kann ferner

b) der von den Vormündern geltend gemachte Grund, daß Beklagter die fragliche Summe „mit seinem eigenen Vermögen confundirt“ habe, schon aus formellen Gründen, nämlich wegen Mangels gehöriger Substantiirung keine Beachtung finden. Ueberdies ist dafür, daß bisher geständlich die zinsbare Anlegung des Geldes unterblieben ist, nicht bloß in der Auffassung des Geschäfts als einer dem Beklagten selbst vorerst und bis zu Fouckhardt's Volljährigkeit gemachten Zuwendung eine genügende p. 18.
Erklärung gegeben, sondern mit der nunmehrigen Beseitigung jedes derartigen eigenen Anspruchs wird auch ohne Zweifel jene Unrechtfertigkeit von selbst ihr Ende finden. Sollte aber trotzdem Beklagter sich fernerweit eine Selbstnutzung jenes Geldes erlauben und es an der von Meyer angeordneten Verwaltungsweise

Digitized by Google

fehlen laſſen, ſo würden doch erſt dann, nicht aber ſchon jetzt und ſofort, die klagenden Vormünder zu Widerſpruch und Anträgen befugt ſein. Unbenommen bliebe es ihnen, wenn ſie ſolches und daß Meyer's Mandat, was Beklagter ſpeciell beſtritten hat, auf Sparcaſſenbelegung ging, zu erweiſen vermöchten, kraft ihrer vormundſchaftlichen Rechte und Pflichten auf ein dem übernommenen Mandat entſprechendes Injunct an
p. 19. den Beklagten, ſo wie auf desfallſige Cautionsleiſtung zu bringen, und bei Erfolgloſigkeit des Erſteren oder Unthunlichkeit des Letzteren würden ſie auch verlangen können, daß durch Auslieferung des anvertrauten Geldes reſp. der darauf bezüglichen Documente ein definitives Ende der beklagtiſchen Adminiſtration gemacht würde. Zur Zeit kann ihnen aber aus der bloßen Möglichkeit weiterer Selbſtnutzung jenes Geldes durch Bekagten kein Klagerecht erwachſen, ſondern nur Anlaß zu angemeſſener Aufmerkſamkeit auf die dem Beklagten verbleibende Geſchäftsführung. Endlich iſt auch, daß

c) in der inzwiſchen eingetretenen Bevormundung des Fouckhardt ſich für jenes Capital eine gleich große oder eine
p. 20. noch größere Sicherheit darbiete, als Meyer durch das dem Beklagten ertheilte Vertrauensmandat bezweckte, kein rechtlich ausreichendes Motiv für die vom Amtserkenntniſſe gerade hierauf vorzugsweiſe geſtützte Condemnatoria zu befinden, und zwar um ſo weniger als Meyer ſich nicht verhehlen konnte, daß mit ſeinem Tode jedenfalls eine Vormundſchaftsbeſtellung für Fouckhardt eintreten würde, gleichwohl aber das hier in Frage ſtehende zunächſt maßgebende Mandat gerade ſo, wie geſchehen, ertheilte und ſich mit der hierin gegebenen Sicherſtellung ſeiner Intentionen genügen ließ, als überdieß auch das dadurch begründete Verhältniß zwar nicht in rechtlichem Sinne einer neben der tutela angeordneten und fortbeſtehenden cura specialis gleichzuſtellen iſt, aber doch mit einer ſolchen unverkennbare Aehnlichkeit hat.

Solchergeſtalt zwar denn der Principalantrag der Kläger,
p. 21. obwohl keineswegs, wie Beklagter vermeint, jedes rechtlichen Fundaments entbehrend, doch zur Zeit, wie immer es ſich mit

den Modalitäten des dem Beklagten ertheilten Mandats verhalte, unter keinen Umständen für begründet und liquid zu erachten. In Folge dessen aber stellt sich in dieser Richtung auch jede Beweis-Auflage, über deren Nicht-Eintritt Beklagter sich in Grav. 5 und 6. mitbeschwert hat, als überflüssig dar, und war hiernach, trotz abweichender Auffassung der ganzen Sache und Rechtsverhalts, die vom Obergerichte ohne Weiteres zur Zeit und angebrachtermaaßen erkannte Abweisung der klägerischen Principal-Anträge lediglich zu bestätigen.

Dagegen stand

II. in Betreff der von den Klägern event. gebetenen Cautionsleistung auch im Resultate der Sent. a qua nicht beizutreten. pag. 22.

A. Auf der einen Seite nämlich konnte mit dem Beklagten und Appellanten, welcher im Grav. 4 auch in dieser Beziehung eine Abweisung der Kläger zur Zeit oder doch angebrachtermaaßen beantragt hat, zunächst nicht anerkannt werden, daß

1) eine Analogie des vorliegenden streitigen Rechtsverhältnisses mit dem des Fiduciars zum Fideicommissarius gegeben sei, oder des Onerirten zum Honorirten, auf welche, sowie insbesondere auf

L. 3. C. de donat. quae sub modo [8. 55]

zunächst das Obergericht die Verpflichtung Beklagtens zur Sicherstellung der geforderten Capitals-Beträge gegründet hat. Am wenigsten ist jetzt noch dieser Grund als zutreffend anzusehen, nachdem der Gesichtspunct einer dem Beklagten selbst sub modo gemachten Schenkung ganz wegfällt, und lediglich noch ein demselben ertheiltes Mandat als in Frage stehend gelten kann, mithin auch nicht einmal eine äußerliche Aehnlichkeit mehr besteht, zwischen dessen Stellung und derjenigen eines Erben, welcher den Nachlaß ex substitutione fideicommissoria herausgeben oder aus demselben ein Vermächtniß entrichten soll. pag. 23.

Nicht minder begründet erschien:

2) der Widerspruch, welchen Beklagter gegen das Argument der Sent. a qua erhoben hat, daß bei bedingten und betagten

pag. 24. Verbindlichkeiten eine Cautionsleistung vom Creditor verlangt werden könne. Denn unter den ex justa causa, welches die in der Sent. a qua allegirten Gesetzesstellen als maaßgebend für die Cautionsleistung in derartigen Fällen bezeichnen, ist nicht dies zu verstehen, daß sie nur in einer der concreten Sachlage entsprechenden Art und Weise angeordnet wurde, an sich aber der Anspruch auf solche immer, und schon wegen bloßer Möglichkeit späterer Gefährdung des Berechtigten für begründet zu erachten wäre. Es muß vielmehr, wie sich insbesondere aus

L. 12 in fin. D. qui satisdare [2. 8.]

ergiebt, um die Cautions-Auflage zu rechtfertigen, gerade diese Gefährdung selbst aus besonderen und triftigen Gründen, welche
pag. 25. der Curator näher darzulegen und zu erweisen hat, als gewiß oder doch als wahrscheinlich sich darstellen; und daran festzuhalten, dürfte hier, wo Meyer, wie Beklagter nicht ohne Grund hervorhebt, zu diesen ein besonderes persönliches Vertrauen durch den ihm ertheilten Auftrag selbst bekundet hat, vollends unerläßlich erscheinen. Ueberdies haben Kläger was Beklagter über seine Vermögensverhältnisse speciell vorgebracht hat,

D. A. Ger.-Act. [1] p. 15.

nur in sehr unzureichender und vager Weise

ibid. [11] p. 4.

beantwortet, auch vornemlich die angebliche Gefährdung ihres Mündels nur auf die bisher, im Glauben an seine eigene Berechtigung ex donatione vom Beklagten unterlassene Zinsbar-
pag. 26. machung und auf den langen Zeitraum gegründet, welcher bis zu erreichter Volljährigkeit ihres Mündels noch laufe, und der Wechselfälle viele herbeiführen könne.

Auf der anderen Seite kam jedoch, wie sehr auch Vorstehendem nach es den Anschein gewinnt, als wäre der auf vorläufige Abweisung auch des Cautionsantrages gerichteten beklagtischen Beschwerdeführung Folge zu geben gewesen,

B. zu Gunsten der Kläger, welche adhaerendo den auf die Cautionsleistung bezüglichen vom Appellanten angefochtenen Theil

Digitized by Google

der Sent. a qua zum Gegenstande mehrfacher, formell vollkommen statthafter Eventual-Gravamina

vgl. O. A. G.-Act. [11] p. 9. 10.

gemacht haben,

1) dies in Betracht, daß Kläger speciell behauptet haben, es sei dem Beklagten ausdrücklich von Meyer aufgegeben pag. 27.
worden, die für dessen natürlichen Sohn bestimmte Summe zinsbar, und zwar bei der Sparcasse zu belegen, sowie sammt den aufgelaufenen Zinsen seiner Zeit Jenem auszuzahlen. Denn verhielte sich dies wirklich so, was vom Beklagten excipiendo speciell in Abrede gestellt ist, und daher von Klägern zu erweisen wäre, so könnte die geständlich eingetretene Nichterfüllung einer solchen ausdrücklichen lex administrationis et custodiae keinesweges als bloße Contractwidrigkeit gelten, welche lediglich zu einem Anspruche auf Erfüllung berechtigte. Es wäre vielmehr damit auch ohne Weiteres eine actuelle Gefährdung des Beklagten documentirt, und eine als justa causa cavendi anzuerkennende Unsicherheit des Capitals wie der Zinsen um pag. 28.
deshalb constatirt, weil eben durch jene Auflage Meyer selbst zu erkennen gegeben hätte, daß er bei Zurückbehaltung jener Summe abseiten des zur Verwaltung berufenen Beklagten und bei Vermischung von dessen eigenem Vermögen und des ihm nur anvertrauten Capitals den Zweck jener Zuwendung und die Erfüllung seines Mandats nicht genügend gesichert erachtete. Es mußte daher

2) die für den Principal-Antrag überflüssige Beweisauflage darüber, ob jene mit pupillarischer Sicherheit verbundene zinsbare Anlage des Geldes bei der Sparcasse mit Ertheilung des dem Beklagten gemachten Mandats verbunden gewesen sei oder nicht, in Betreff der Cautionsfrage als unvermeidlich erscheinen.

Denn

a) für den Fall der Nichterbringung dieses den Klägern pag. 29.
obliegenden Beweises würde auch in Betreff des Capitals die vom Obergerichte schon jetzt in soweit erkannte Cautions-Auflage zu cessiren haben, und der desfallsige Eventual-Antrag der Klage, gleich dem principalen, mindestens zur Zeit abzuweisen

Digitized by Google

sein. Demzufolge aber war nicht bloß der von den Klägern in Grav. adh. 2. gestellte Antrag, daß auch in Betreff der Zinsen sofort Beklagter zur Cautionsleistung verurtheilt würde, zu verwerfen, sondern auch dem beklagtischen Grav. 4. dahin, wie geschehen, Folge zu geben, daß bezüglich des Capitals die obergerichtliche Liquid- und Zuerkennung des Cautions-Anspruches für jetzt aufgehoben wurde. — Sollten dagegen

pag. 30. b) Kläger solchen Beweis zu erbringen vermögen, so hätte Beklagter ohne Weiteres für Capital und Zinsen als cautionspflichtig zu gelten, und weder in der einen noch andern Richtung könnte von einer dem Beklagten nachzulassenden weiteren Beweisführung mehr die Rede sein, insbesondere nicht über die als bloße Simulation schon jetzt constatirte angebliche donatio sub modo. In solcher Beschränkung war sonach den klägerischer Seits über die vom Obergerichte gemachten Beweis-Auflagen gestellten Adhäsiv-Beschwerden 3—5, wenn auch nicht ganz so, wie Kläger in Antrag gebracht haben, doch in der aus dem decisum ersichtlichen Weise Folge zu geben. Dahingegen konnte deren 6tes Adhäsiv-Gravamen, dahin gehend, daß in dem Beweis-Interlocute die in dem eventuellen Klagpetitum allerdings

pag. 31. miterwähnten Zinseszinsen unberücksichtigt geblieben seien, schon aus formellen Gründen keinerlei Beachtung finden, indem bereits das condemnatorische Amts-Erkenntniß, bei welchem in voriger Instanz Kläger sich ihrerseits beruhigt hatten, nur der seit dem Todestage Meyer's erhobenen oder zu erheben gewesenen Zinsen gedacht, und damit obigen weiter gehenden, übrigens in erster Instanz gar nicht näher motivirten Zinsen-Anspruch verworfen hat.

III. Anbelangend die Nebenpuncte stand, ungeachtet der Appellant über die wegen der Kosten vom Obergerichte getroffene Entscheidung eine besondere Beschwerde nicht erhoben hat, dem gegen die durchgängige Compensation derselben gerichteten Grav.

pag. 32. adhaes. 7. der Kläger ein formelles Bedenken nicht entgegen, weil doch implicite Beklagter durch die Fassung seiner Grav. 3 und 4, worin unter Verurtheilung der Kläger in die Prozeßkosten resp. zum Kostenersatz die Verwerfung der ganzen Klage

Digitized by Google

resp. die des Cautionsverlangens beantragt ist, auch den den Kostenpunct betreffenden Theil der Sent. a qua in den Kreis seiner Beschwerdeführung gezogen hat. Allein für begründet konnte jenes Grav. 7 nicht weiter erachtet werden, als daß die Entscheidung über die Kosten erster Instanz von dem Ausgange des vom Obergerichte, wenn schon in anderen und beschränkteren Maaßen als jetzt für nothwendig erachteten Beweisverfahrens abhängig zu machen gewesen wäre und bleiben muß. Doch erschien diese Modification der Sent. a qua oder der sonstige reformatorische Inhalt des gegenwärtigen Erkenntnisses, da beide pag. 33.
Theile gravaminirt haben, aber keiner von beiden vollständig obtinirt, überdies auch dem Wechsel der Entscheidungen selbst eine erhebliche Verschiedenheit der Gründe hinzutritt, kein ausreichender Grund, um für die jetzige Instanz nur eine partielle Kostenvergleichung eintreten zu lassen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellationssachen Georg Wilhelm Bley Wittwe, Marie Margaretha, geb. Kleyer zu Bremen, Klägerin, jetzt Appellantin, wider den Staatsanwalt daselbst, Beklagten, jetzt Appellaten, die Erhöhung der Straße, genannt „die Herrlichkeit", jetzt geführten Beweis betreffend (App. II.), erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 9. Mai 1859 wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß falls Klägerin annoch eidlich erhärten könnte und wollte:

daß der aus der Erhöhung des Bodens der gedachten Straße durch eindringende Feuchtigkeit und hereinfließendes Wasser für ihr Haus herbeigeführte unmittelbare Schaden, unter Berücksichtigung der dem Hause in Folge jener Erhöhung durch Schutz gegen Hochwasser etwa erwachsenden Vortheile auf Eintausend Reichsthaler Gold oder wie viel weniger anzuschlagen sei,

Beklagter verbunden sei, der Klägerin die von derselben eidlich erhärtete Summe als Entschädigung zu bezahlen.

Sämmtliche in dem gegenwärtigen Rechtsſtreit erwachſene Koſten, inſoweit nicht darüber bereits erkannt worden iſt, ſind zu vergleichen; und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zum weiteren Verfahren zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. September 1861.

Zur Beglaubigung

(L. S.)

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Entscheidungsgründe.

p. 2. Die Klägerin beschwert sich zunächst

[1] S. 3. 4. der O. A. Ger. Acten. Beschw. 1—3.

darüber, daß der ihr nachgelassene Beweis für nicht geführt angenommen und der Beklagte, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten des Rechtsstreits, von der angestellten Klage freigesprochen sei, indem sie vielmehr zum Schätzungs- eventuell Erfüllungseide, rücksichtlich der Bestimmung der Existenz und des Maßes des Schadens zugelassen zu werden verlangt.

Anlangend zunächst

A) die Frage, ob die der Klägerin zum Beweise verstellten
p. 3. Thatsachen in rechtliche Gewißheit versetzt worden sind, so war

1) in Betreff des Drucks, welchen die Erhöhung des Straßenpflasters an die Mauer des klägerischen Hauses ausgeübt haben soll, der ihr auferlegte Beweis für mißlungen zu erachten. Zwar hat

a) der Beweiszeuge Maurermeister Rauschenberg, nachdem er zunächst sich dahin ausgelassen, er habe von einem desfallsigen bedeutenden Druck nichts bemerkt,

ad art. 20.

diese Aussage dahin modificirt, an der Thüre des Packhauses oberhalb des Thürpfeilers hätten sich Risse gezeigt, welche er dem Seitenschub der Erhöhung des Erdreichs zugeschrieben habe; wogegen er weitere Einwirkungen der Erhöhung nicht bemerkt haben will. Dieser Pfeiler sei ganz weggenommen und statt dessen ein schmaler wieder hingesetzt:

ad art. 21 und Schlußberichtigung.

p. 4. Auch hat der Zeuge, nachdem er Anfangs nur angegeben hatte, er habe die Erhöhung des Eingangs zum Packhause nebst Auf-

Digitized by Google

gang zu der bel etage und die damit in Verbindung ſtehende Veränderung der Treppe empfohlen,

ad art. 22.

ſpäter auf beſonderes Befragen erklärt, die Erhöhung der Flur ſei nothwendig geworden, um dem Druck der Straße zu widerſtehen, und die übrigen Veränderungen ſeien deren Folge.

ad interr. 3.

Dagegen haben

b) die Sachverſtändigen Wetzel, Hauſchild und Rutenberg, ſich in [50] zu a dahin ausgeſprochen, durch die geringe Erhöhung der Straße von 20 Zoll werde ein ſo unbedeutender Druck gegen die Frontmauer ausgeübt, daß dadurch überall kein Schaden für p. 5.
das Gebäude habe entſtehen können, indem der Schub, welchen die Auffüllung des Bodens ausübe, durch den Gegendruck der Giebel- und Scheidemauern vollkommen aufgehoben werde. Wenn dieſelben daher weiter hinzufügen, das Gewicht der Frontmauer und die Laſt, welche dieſelbe zu tragen habe, ſei allein ſchon überhinreichend, dem Schub zu begegnen, ſo daß in dieſer Beziehung von einem Schaden oder Nachtheil „kaum“ die Rede ſein könne, ſo hat dadurch die beſtimmte Erklärung des Nichtentſtehens eines Schadens, welcher vorausgegangen iſt, in keiner Weiſe geſchwächt werden ſollen, und der Ausdruck „kaum“ ſteht hier in der Bedeutung von „nicht“.

Bei dieſem Widerſpruch zwiſchen den Ausſagen eines Zeugen und dreier Sachverſtändigen mußte, da es ſich um eine techniſche p. 6.
Beurtheilung handelt, dem Urtheil der Sachverſtändigen ſchon an ſich der Verzug eingeräumt werden. Wollte man jedoch auch dem Umſtande, daß der Zeuge Rauſchenberg die Eigenſchaft eines ſachverſtändigen Zeugen hat, um ſo mehr ein Gewicht beilegen, als er unmittelbar nach dem Entſtandenſein jenes Riſſes ſeine techniſche Wahrnehmung gemacht hat, ſo war doch andererſeits Zwecks Würdigung ſeiner Ausſage zu erwägen, daß er über die Nothwendigkeit einer von ihm ſelbſt getroffenen Anordnung, mithin nicht ganz unbefangen urtheilt, und daneben, daß er, dem Erachten der Sachverſtändigen gegenüber keine ausreichende Gründe anführt, weshalb die Erhöhung der Flur

Digitized by Google

p. 7. sich als nothwendig herausgestellt habe. Keinenfalls aber konnte der Aussage des Zeugen Rauschenberg ein größeres Gewicht beigemessen werden als den übrigen Sachverständigen, und in einem derartigen Falle entscheidet nach § 286 der Ger.-Ordn. unter den Sachverständigen die Stimmenmehrheit.

Auch ist das Gutachten der Sachverständigen nicht von der Beschaffenheit, daß in Beihalt der vierten Beschwerde der Klägerin

[1] S. 4. der O. A. Ger. Act.

andere Sachverständige zu ernennen wären, indem die von dem O. A. Gerichte in wiederholten Entscheidungen für die Einholung eines neuen Gutachtens anerkannten Voraussetzungen

p. 8. Vgl. Kahl ca. Ehefrau, 31. Januar 1856 (Frankf. Samml. Bd. 2. S. 332. u. die das. Ang.)

Vgl. Hildebrand ca. Strauß, 30. Nov. 1858. (Ebendas. Bd. 4. S. 230.)

nicht vorhanden sind. Denn die Befähigung der Sachverständigen wird mit Unrecht angezweifelt, insbesondere läßt sich nicht sagen, daß sie durch den Inhalt der Instruction in diesem Puncte zu einem unrichtigen Ausspruche verleitet seien; und die Gründe, welche sie für denselben angeben, sind schlüssig.

2) In Ansehung des Eindringens von Feuchtigkeit haben

a) die Eheleute Rasch, welche während der Zeit, wo die Erhöhung des Straßendammes stattfand, in dem Hause der Klägerin und zwar von Michaelis 1852 bis Ostern 1854 gegen

p. 9. einen jährlichen Miethzins von 270 ℛ gewohnt haben, sich dahin ausgelassen: Während der ersten Zeit ihrer Miethe sei die Wohnung in einem durchaus brauchbaren trockenen Zustande gewesen, und sie hätten über Feuchtigkeit nicht zu klagen gehabt. Später sei die Wohnung feucht, mehrere Sachen theils fleckig geworden, theils ganz verdorben, und ihrer Ansicht nach habe diese vermehrte Feuchtigkeit nur ihren Grund in der Erhöhung der Straße gehabt, da damals kein Hochwasser gewesen, und, abgesehen von ein wenig Wasser im Keller, am Ende des letzten Jahres kein Wasser im Hause gestanden habe.

ad art. 6. 8. int. 1. 2. art. 9.

Digitized by Google

Da nun auch der Gesundheitszustand des Mannes sich verschlimmert, was er wie seine Frau der großen Feuchtigkeit zuschreiben, wogegen sie darüber, ob andere Familienglieder resp. Hausgenossen darunter gelitten, in ihren Aussagen einander widersprechen, p. 10.

ad art. 9.

so haben sich dieselben durch diese vermehrte Feuchtigkeit, in Verbindung mit dem Umstande, daß das Geschäft schlechter geworden, vornehmlich auch deshalb, weil die Fußböden der Ladenzimmer sich mehrere Fuß unter dem Niveau der Straße befunden, nach vergeblicher Bemühung, eine Herabsetzung der Miethe zu erlangen, ungeachtet des Umstandes, daß sie die Wohnung auf drei Jahre gemiethet hatten, bewogen gefunden, schon nach Ablauf des dritten halben Jahres dieselbe zu verlassen.

ad art. 10. u. int. 1. — vgl. [12. 13.] d. Act. 1r Inst.

Nun läßt diese Aussage zwar in Ansehung ihrer Unbefangenheit Bedenken zu. Zwar nicht um deswillen, weil sich die Eheleute in Betreff des Gesundheitszustandes der Hausbewohner widersprochen haben, wohl aber deshalb, weil es einestheils zweifelhaft bleibt, inwiefern nicht das Zurückkommen des Geschäfts, welches sie dem Versenken der Zimmer in die Erde beimessen, ihrer Unbefangenheit in Würdigung des in den Kündigungsbriefen [12. 13.] cit. nicht ausdrücklich berührten Zustandes der Feuchtigkeit vor und nach der Straßenerhöhung Eintrag gethan hat, anderntheils der erhöhte Krankheitszustand des Mannes ihn gegen die Wohnung eingenommen haben kann; und sie endlich wenigstens ein moralisches Interesse dabei haben, das Aufgeben der Miethe vor Ablauf von drei Jahren gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Allein aller dieser Bedenken ungeachtet, ist doch dem Zeugnisse der Eheleute annoch ein erheblicher Werth beizulegen. Es ergiebt sich aber aus ihrer Aussage Zweierlei. Einmal, daß der Zustand des Hauses vor der Straßenerhöhung ein trockener gewesen sein soll und die Bewohner zufriedengestellt hat, und zweitens, daß er nachher feucht geworden ist und die Sachen beziehungsweise die Gesundheit p. 11. p. 12.

der Bewohner mehr oder weniger gelitten haben. Das Gewicht dieser Aussage wird dadurch verstärkt, daß

b) die Wohnung nach der Aussage der Zeugen Rasch von Ostern 1854 bis Ostern 1855 unvermiethet geblieben,

ad art. 11,

von da an bis Ostern 1856 nur für 135 ℛ und von Ostern
p. 13. 1856 an für 140 ℛ jährlich vermiethet worden ist.

ad art. 12 u. 17.

Auch haben

c) die folgenden Bewohner das Vorhandensein der Feuchtigkeit nicht minder bekundet, indem die Ehefrau König angiebt, es seien ihr Waaren, namentlich Seidenzeug und Lastings dadurch verdorben und die rheumatischen Beschwerden ihres Mannes hätten sich in dem Hause bedeutend verschlimmert, weshalb sie denn auch vielfach geäußert, sie könne die Wohnung des feuchten Zustandes wegen nicht behalten,

ad art. 14—16.

und Zeuge Tönniges sie ebenfalls für feucht und der Gesundheit nachtheilig erklärt, auch dieselbe nur um deswillen zu behalten angiebt, weil die Lage zu einer Barbierstube besonders passe.

p. 14. ad art. 18.

Dagegen wird andererseits

d) in Widerspruch mit den Angaben der Eheleute Rasch von dem eigenen Zeugen der Klägerin, über dessen Kundigkeit in der Beurtheilung derartiger Dinge kein Zweifel obwalten kann, dem Maurermeister Rauschenberg, zunächst angegeben, die Wohnung habe im Parterre immer an Feuchtigkeit gelitten, was besonders den Wirkungen des Hochwassers von ihm zugeschrieben werde,

ad art. 19.

eine Bemerkung, welche durch die Aussage der Zeugin König unterstützt wird, indem dieselbe angiebt, im Frühjahr 1855 habe das Hochwasser im Hause gestanden und ihr Ehemann habe noch kurz vor ihrem Einzug die Spuren davon an den Wänden
p. 15. und den Schlamm auf dem Fußboden gesehen.

ad art. 13.

Digitized by Google

Hiernach fragt es sich

e) ob und in welchem Verhältniß die Feuchtigkeit in der Parterrewohnung der Klägerin seit der Straßenerhöhung zugenommen hat. Daß dieses der Fall gewesen, ergiebt sich zunächst aus den Aussagen des Zeugen Rauschenberg, indem derselbe seine Ansicht dahin ausspricht, die Straßenerhöhung habe einigen Einfluß auf die Vermehrung der Feuchtigkeit gehabt, weil die Mauern nicht so gut hätten ausdünsten können. Doch fügt derselbe sofort hinzu, das von Zeit zu Zeit sich einstellende Hochwasser habe auch wohl mit eingewirkt.

ad art. 19. int. 2.

Andererseits will er bemerkt haben, daß die Feuchtigkeit kurz nach der Erhöhung im Jahre 1854 wiederum bedeutender ge- p. 16.
worden sei, erklärt sich jedoch außer Stande zu beurtheilen, ob der Unterschied zwischen der früheren Feuchtigkeit und der im Januar 1854 von ihm bemerkten eine erhebliche Werthverminderung hervorgerufen habe.

ad art. 19.

Mit dieser Angabe stimmt das Gutachten der drei Sachverständigen vollkommen überein.

[50] ad b,

Sie erklären zunächst, durch das Erhöhen der Straße könne ein Schaden für das Gebäude dadurch entstehen, daß die Feuchtigkeit in die Mauer eindringe, sich den Brettern und Lagern der Fußböden mittheile und so das raschere Verfaulen der Hölzer bewirke, ja sogar Schwamm zu erzeugen im Stande sei. Sodann haben dieselben nicht minder bekundet, auch die übrigen Mauern und Wände des Gebäudes seien unterhalb feucht, und schreiben p. 17.
dieses der von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Ueberschwemmung zu. Endlich bemerken dieselben, daß der untere Theil des Gebäudes durch die jetzige niedrige Lage weniger im Stande sei abzutrocken, wie es der Fall sein würde, wenn der Fußboden der Etage zu ebener Erde etwas höher läge, als die Straße. Zwar ließe sich hier darüber zweifeln, ob dieser letztere, von dem Zeugen Rauschenberg, wie schon oben bemerkt, in gleicher Weise hervorgehobene Umstand nach Maaßgabe des Beweis-

Digitized by Google

interlocuts dem Beklagten gegenüber in Betracht käme, da hier nur von dem Eindringen der Feuchtigkeit und nicht davon die Rede ist, daß sich auf Grund der Straßenerhöhung die anderweit
p. 18. eingedrungene Feuchtigkeit in dem Gebäude länger erhalte. Allein in Beihalt Desjenigen, was in den Entscheidungsgründen zur Sache

Huntemann Wittwe Erben ca. Staatsanwalt 30. November 1859. p. 8.

angenommen worden ist, mußte die Behinderung der Ermissien einer Immission gleichgestellt werden. Keinenfalls wird aber darüber ein Zweifel obwalten können, daß der Beweis einer Vermehrung der Feuchtigkeit durch die vereinten Aussagen der Zeugen Rasch Eheleute, Rauschenberg und des Gutachtens der Sachverständigen als geführt angesehen werden müsse, indem Dasjenige, was die Sachverständigen als eine Möglichkeit dar-
p. 19. stellen, durch das Hinzutreten der Zeugenaussagen zur Gewißheit erhoben wird. Es fragt sich daher nur noch

f) ob nicht jenes Eindringen durch andere Momente wiederum beseitigt resp. ausgeglichen worden ist.

α) Die Sachverständigen haben sich dahin ausgesprochen, die Feuchtigkeit dringe in die Mauer ein, wenn sonst kein Schutzmittel angewendet worden sei.

[50] ad b, z. Anf.

Nun hat zwar der Gegenbeweiszeuge Stellmann sich dahin ausgesprochen, man habe bei der Erhöhung nur Wesersand angewendet und das Trottoir mit Asphalt bedeckt, was, wie er glaube, dem schädlichen Eindringen der Feuchtigkeit möglichst vorbeuge, und nicht minder hat der Gegenbeweiszeuge, Bauconducteur Poppe, sich dahin ausgesprochen, die Asphaltbedeckung
p. 20. des Trottoirs hindere das Eindringen der Feuchtigkeit in der Nähe des Hauses.

ad art. reprob. 12.

Da indessen diese Zeugenaussagen den Sachverständigen bei Abgabe ihres Gutachtens vorgelegen, und da dieselben überdies die Localitäten in Augenschein genommen haben,

Digitized by Google

vgl. [47] p. 3. z. E. 4. z. A. mit dem Eingange des Gutachtens [50].

so läßt sich nicht annehmen, daß dieselben die gedachten Vorrichtungen für ausreichend erachtet haben, dem Eindringen der Feuchtigkeit in genügender Weise vorzubeugen, indem sie sich sonst sicherlich anders ausgedrückt haben würden, als von ihnen geschehen ist.

β) Inwiefern aber von einer Ausgleichung durch die Vortheile, welche dem Hause aus der Erhöhung der Straße etwa erwachsen möchten, bei diesem Puncte die Rede sein könne, wird zu erörtern sein, nachdem p. 21.

3) das Resultat der Beweisführung über das Vorhandensein eines durch hereinfließendes Wasser für das Haus herbeigeführten Schadens entwickelt worden ist, in welcher Beziehung die Ausführungen des Beklagten,

[42] S. 13—15.

weil unzutreffend, unberücksichtigt bleiben mußten. Nun ist zwar

a) die Thatsache, daß bei starkem Gewitterregen die fragliche Wohnung von der Straße aus überschwemmt wird, durch die Aussagen der Eheleute Tönniges, Vieth und Klette außer Zweifel gesetzt. Im Sommer 1856 hat die Wohnung in dieser Weise zweimal und zwar dergestalt unter Wasser gestanden, daß dieses auf der Diele und in der Schlafkammer des Gehülfen etwa die Höhe einer Hand erreichte und durch Oeffnen der hinteren Thür abgelassen resp. ausgeschöpft werden mußte. p. 22.

ad art. 26 u. int. 1. art. 27. u. int. 1. art. 28.

Ebenso war es

b) als erwiesen anzusehen, daß bei dem derzeitigen Zustande des Straßenniveaus derartige Ueberschwemmungen häufiger eintreten können, als bei dem früheren Zustande. Denn

α) aus dem Atteſt [30] in Verbindung mit den Aussagen des Gegenbeweiszeugen Bauinspectors Brockmann

ad art. reprob. 13. 14. 15.

ergiebt sich, daß die Höhe der Herrlichkeit vor dem fraglichen

Digitized by Google

Hause derzeit 18′ 7″ über 0 des Brückenpegels beträgt, ihre
p. 23. frühere Höhe, unter Berücksichtigung der Aufhöhung von 20″
vgl. resp. ad. art. reprob. 5.
und des Gefälles von 2″, einem Wasserstand von 17′ 1″ gleich kommt, und die Höhe der Hausflur des fraglichen Hauses 17′ 6″ entspricht, mithin früher 5″ über, jetzt 13″ unter dem Straßenniveau belegen ist. Diesen Angaben gegenüber kann es nicht in Betracht kommen, wenn
ad art repr. 12. u. int. 1, 2.
der Gegenbeweiszeuge Bauconducteur Poppe angegeben hat, seines Erinnerns habe die Straße schon vor 1853 höher gelegen als die Hausflur, und unter Bezugnahme auf den von ihm angefertigten Riß [18] behauptet, er glaube sich wenigstens zu erinnern, daß ein Theil des Fußbodens in dem kleinen Immobile
p. 24. unter dem Niveau des Trottoirs gelegen habe, der Straßenarbeiter Baedjer es aber bezweifelt, daß das frühere Trottoir niedriger gelegen habe, als die Hausflur. Es war vielmehr anzunehmen, daß das Wasser bei Gewitterregen früher die Höhe von fast einem halben Fuß erreichen mußte, bevor es im Stande war, in das Haus zu dringen.

Auch wird

β) diesem Uebelstande nicht abgeholfen durch eine verbesserte Einrichtung der Abzugskanäle. Zunächst nämlich haben Stellmann, Poppe und Baedjer angegeben, daß dergleichen in gleicher Güte schon früher vorhanden gewesen seien.

Resp. ad art. repr. 7. 8. vgl. jedoch Poppe ad. art. repr. 11. int. 2. und Baedjer ad art. repr. 12. int. 2.

Sodann aber müssen die beiden ersten zugeben, daß bei starken
p. 25. Regengüssen die Abzugscanäle nicht absolut genügend sind, das Wasser von dem fraglichen Hause abzuhalten.
ad. art. repr. 10. int. 1. ad art. repr. 11.

Eben so wenig wird

γ) die Ueberschwemmung dadurch beseitigt, daß, wie die gedachten Zeugen bekunden, das Trottoir höher liegt, und nach der Straße abfällt.
ad art. 11. int. 3.

Sobald nämlich die Abzugscanäle, ungeachtet der Reinhaltung der Roſten, bei ſtarken Güſſen zu eng und nicht im Stande ſind, das Waſſer ſchnell genug abzuführen, was außer den Gegenbeweiszeugen auch von den Zeugen Tönniges Eheleute und Vieth

ad art. 27. 28. int. 2.

bekundet wird, ſo liegt es auf der Hand, daß Zuſtände eintreten müſſen, wie ſie unter a bezeichnet ſind.

Anlangend ſodann c, den Grad des hierdurch herbeigeführten Schadens, ſo mußte zunächſt davon abgeſehen werden, ob durch Erhöhung der Thürſchwelle ſich dieſem Uebelſtande in ausreichender Weiſe abhelfen läßt, wie Beklagter p. 26.

[33] S. 3. 4.

geltend macht, weil Klägerin rechtlich nicht verbunden iſt, ſich eine derartige Veränderung an ihrem Eigenthum gefallen zu laſſen. In dieſer Beziehung haben nun

α) die Eheleute Tönniges erklärt, ſie hätten nicht bemerkt, daß das Haus nach dem Gewitterregen mehrere Tage feucht geblieben, reſp. daß die immer vorhandene Feuchtigkeit ſchlimmer geworden ſei; und der Zeuge Vieth ſagt, das Haus ſei bis dahin, daß die Fußböden wieder trocken geworden, noch feuchter geweſen. p. 27.

ad art. 29.

Ein derartiges Auftrocknen der Oberfläche tritt aber bekanntlich, wenn das Waſſer nur kurze Zeit ſtehen bleibt, ſehr bald ein. Wenn dieſer Zeuge Klette den gedachten Artikel, ob das Haus mehrere Tage nach dem Gewitterregen feucht geblieben ſei, einfach bejaht, ſo ſteht damit die Wahrnehmung der übrigen Zeugen nicht in Einklang, und es iſt ſelbſtverſtändlich, daß ſeine Wahrnehmung nicht dadurch ein höheres Gewicht erhält, daß er ad int. 2 dies unter dem Bett bemerkt haben will, indem nicht angegeben iſt, wie lange es dort in Folge des Regens feucht geblieben ſei. Jedenfalls wird aber

β) durch das Gutachten der Sachverſtändigen [50] ad c außer Zweifel geſetzt, daß das Waſſer bei der Niedrigkeit der Fußſchwelle zwar leicht eindringen, allein durch die Hofthür eben p. 28.

Digitized by Google

so leicht abfließen könne resp. sich ausschöpfen lasse; und dieser Zustand weniger nachtheilig wirke, als das längere Zeit stehende alle niedrigen Theile überschwemmende Hochwasser, welches das Erdreich unter dem Gebäude derart durchnässe, daß lange Zeit dazu gehöre, bis nur einigermaßen an ein Abtrocknen, an ein Austrocknen aber nie zu denken sei.

Hiernach könnte es scheinen, als wenn auf einen durch Einfließen des Regenwassers für das Grundstück herbeigeführten Schaden bei Ausmessung der Entschädigung um so weniger Rücksicht genommen werden dürfe, als

d) der hiedurch entstehende Schaden durch die Befreiung
p. 29. des Grundstücks von den früher häufiger eintretenden Ueberschwemmungen durch Hochwasser jedenfalls ausgeglichen würde. Nun ergiebt sich zwar aus der [30] ersichtlichen Zusammenstellung, welche von dem Zeugen Brockmann bestätigt ist, wie häufig und wie lange das Haus der Klägerin bei dem niederen Niveau der Straße den Ueberschwemmungen ausgesetzt war, — Zustände, welche, insoweit sie von der großen Weser herrühren, durch die Straßenerhöhung dergestalt gemindert sind, daß, wenn ihnen gänzlich abgeholfen wäre, kein Zweifel obwalten könnte, daß auch der unter Nr. 2 hervorgehobene Nachtheil als ausgeglichen erachtet werden müßte. Denn da der feuchte Zustand des Hauses von Zeugen und Sachverständigen vornehmlich den Ueberschwemmungen beigemessen wird,

ad art. 19. int. 2. ad art. 13.

p. 30. so würde das Eindringen der Feuchtigkeit durch Erhöhung des Straßendammes, sobald hiedurch das Eindringen des Hochwassers für immer ausgeschlossen wäre, nicht weiter in Betracht gezogen werden können. Dies ist jedoch nicht der Fall. Zunächst bietet schon das Register in [30] Fälle eines höheren Wasserstandes. Sodann aber, und darauf muß ein entscheidendes Gewicht gelegt werden, schützt der Straßendamm nur von der Seite der großen Weser. Da nun die Acten keinerlei Nachweisungen darüber enthalten, daß auch von der hinteren Seite des Hauses von der

Digitized by Google

kleinen Weser her dem Hause ein Schutz zu Theil geworden sei, indem die Aussage der Zeugin Tönniges

ad art. 29 int. 2.

welche damals erst fünfviertel Jahr in dem Hause wohnte,

ad art 17. u. art. 29. int. 1.

daß sie bis dahin keine Ueberschwemmungen von dieser Seite p. 31.
her gehabt hätten, hiefür so wenig in Betracht kommt, wie das Nichtwissen des Zeugen Brockmann über eine Terrainerhöhung hinter dem klägerischen Hause und das Eindringen des Wassers von dieser Seite her,

ad art. repr. 15. int. 1. u. art. repr. 17. int. 1.

und das Schweigen des Gutachtens der Sachverständigen, so mußte bei der desfallsigen verneinenden Behauptung der Klägerin,

[32] S. 3. [40] S. 15. 16.

welcher sich auch die Instruction

[47] Nr. 1. z. E. p. 11

angeschlossen hat, stehen geblieben und konnte nicht als erwiesen angenommen werden, daß die unter Nr. 2 und 3 hervorgehobenen dem Hause der Klägerin aus der Erhöhung des Trottoirs erwachsenen Nachtheile mit den hieraus entstehenden p. 32.
Vortheilen sich ausgleichen, indem gedachtes Haus den Ueberschwemmungen von Seiten der kleinen Weser nach wie vor ausgesetzt bleibt, und es in der gegenwärtigen Sache an Momenten fehlt, aus denen sich entnehmen ließe, daß eine Ueberschwemmung von Seiten der großen Weser eintreten könne, während die gleiche Ueberschwemmung durch den Wasserstand der kleinen Weser nicht zu besorgen sei.

Anlangend sodann

B) die Größe des der Klägerin zugefügten Schadens, so hat dieselbe nach dieser Richtung hin Zweierlei geltend gemacht. Sie verlangt einmal Ersatz derjenigen baulichen Veränderungen, welche ihr durch die Erhöhung der Hausflur und was dem angehörig erwachsen sind, und sodann zweitens die Erstattung eines Capitals, welches dem verminderten Miethwerth ihrer p. 33.
Wohnung entspricht. Allein in beiden Beziehungen konnte ihren Anträgen nicht entsprochen werden. Zwar ist es richtig, daß

Digitized by Google

der Zeuge Rauschenberg sich für die Nothwendigkeit der gedachten baulichen Veränderungen ausgesprochen hat, während er andererseits über deren Betrag keine Kunde zu haben versichert.

ad art. 22. int. 3. art. 23.

Eben so richtig ist es, daß nach der Aussage der Eheleute Rasch, König Ehefrau und Tönniges die Wohnung ein Jahr leer gestanden und sodann um einen Miethpreis, welcher 130—140 ℛ geringer war, als der früher bezahlte, anderweit vermiethet worden ist,

ad art. 11. 12. 17.

so daß also die Summe einem Capitalwerth von 3—4000 ℛ
p. 34. entsprechen möchte. Allein beide Forderungen beruhen auf keiner bündigen Schlußfolgerung. Zunächst nämlich ist der Klägerin nur derjenige Schaden zugebilligt worden, welchen sie unmittelbar an dem fraglichen Hause durch die Straßenerhöhung erlitten hat. Nun kann zwar nicht so weit gegangen werden, zu behaupten, daß mit dem Worte „unmittelbar" bloß der Schaden habe bezeichnet werden sollen, welcher der Substanz des Hauses als solcher erwachsen ist. Sobald sich zeigen sollte, daß die an der Substanz herbeigeführte Veränderung eine Werthminderung der Baulichkeiten im Ganzen herbeigeführt habe, so wird man berechtigt sein, auch diese Werthminderung in Anschlag zu bringen. Allein der Umstand, daß eine Wohnung, nachdem sie früher einen hohen Zins getragen, plötzlich zu einem niedrigeren vermiethet werden muß, bietet noch keinen sicheren Anhaltspunct
p. 35. für eine derartige Folgerung. Anlangend aber die baulichen Veränderungen selbst, so liegt es in Beihalt des Erachtens der Sachverständigen am Tage, daß die Erhöhung des Fußbodens zu dem Zwecke stattgefunden hat, um das Herabsteigen in die Wohnung zu beseitigen. Sie stellt sich also keineswegs als eine nothwendige, sondern nur als eine zweckmäßige Vorrichtung heraus. In Ansehung des verminderten Miethwerthes, aber ist die Sachlage durchaus nicht so, daß man dieselbe einzig und allein dem verminderten Werthe der Wohnung an sich mit Nothwendigkeit zuschreiben müßte. Der Ehemann Rasch hat selbst angedeutet, daß vornehmlich die gedrückte Lage der Zimmer,

Digitized by Google

in welchen ihre Waare dem Publikum feilgeboten ward, an dem p. 36.
Abgang ihrer Nahrung mit Schuld gewesen sei.

ad art. 10. int. 1. vgl. mit [13.]

Außerdem scheint die Wohnung den Zeugenaussagen zufolge

ad art. 13 u. art. 29. int. 2.

durch die Klagen der Eheleute Rasch und Ehefrau König etwas in Verruf gekommen zu sein, und auch dieser Umstand kann auf die Höhe des Miethzinses eingewirkt haben. An den Nachweis des Causalzusammenhanges und an einem Beweise des erlittenen Schadens zu gedachtem Betrage fehlt es daher dermaßen, daß selbst von einem der Klägerin aufzulegenden Erfüllungseide nicht die Rede sein kann. Es wird demnach das Erbieten der Klägerin zum Schätzungseide zu prüfen sein.

Anlangend nun zunächst den Schätzungseid auf Grund eines dolus oder groben Verschuldens, so würde nach Demjenigen, p. 37.
was vom Ober-App.-Gerichte als Lehre des gemeinen Rechts anerkannt und wiederholt befolgt ist, dessen Statthaftigkeit schon um deswillen als ausgeschlossen betrachtet werden müssen, weil der vorliegende Fall sich dazu nicht eignet.

Frankf. S. Tag ca. Retz, 26. April 1847 p. 3. verbis.

„der Antrag, die fl — (für Kost und Wohnung eines contractswidrig entlassenen Commis) durch ein juramentum in litem zu justificiren, muß unbeachtet bleiben, weil diese Art der Schätzung, abgesehen von deren sonstigen Voraussetzungen, nur bei den auf ein restituere oder exhibere gerichteten actiones bonae fidei und arbitrariae p. 38.
gilt" (welche Worte bei Römer Sammlung Bd. 4. S. 214 ausgelassen sind.)

Frankf. S. Krämer ca. Huber II., 22. Nov. 1853. (Frankf. Samm. Bd. 1. S. 77.)

vgl. Savigny System Bd. 5. S. 123—121. note e. S. 129. 130. note g.

Die richtige Doctrin des gemeinen Rechtes findet aber in Bremen keine Anwendung, indem daselbst durch die Gerichtsordnung §. 266 die ältere Theorie gesetzlich sanctionirt worden

Digitized by Google

ist, was bei einer unbefangenen Prüfung der Worte des Paragraphen keiner weiteren Ausführung bedarf. Es fragt sich daher nur, ob in dem vorliegenden Falle die sonstigen Erfordernisse
p. 39. des Schätzungseides, das Vorhandensein einer Arglist oder eines groben Verschuldens, vorliegen. Die Klägerin ist dieser Ansicht und stützt sich darauf, daß der Staat, gewarnt durch Protest [4] und Vorstellung an den Senat [3], wenn er die gehörige Sorgfalt angewendet hätte, sich davon überzeugt haben müßte, daß die fragliche Wohnung in der bezeichneten Weise durch die Erhöhung des Straßendammes würde beeinträchtigt werden, mindestens liege also ein grobes Verschulden vor. Dieser Ansicht konnte jedoch nicht beigepflichtet werden. Zwar wird eine derartige Annahme nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Staat bei der fraglichen Straßenerhöhung das allgemeine Beste im Auge
p. 40. gehabt habe, indem sein Verfahren der Klägerin gegenüber durch den gedachten Vorwurf getroffen werden könnte. Allein in einem Falle wo es, wie aus den auf das erste Verfahren erfolgten Urtheilen sich ergiebt, so überaus zweifelhaft erscheint, ob der Staat durch die Straßenerhöhung überhaupt eine Rechtsverletzung begehe, und ob nicht insbesondere die Benachtheiligung der Klägerin, insoweit sie als eine rechtswidrige anerkannt ist, durch die ihr gewährten Vortheile ausgeglichen würde, ist es unmöglich von Arglist oder grobem Verschulden zu reden, sobald bei der Ausführung der Anlage mit der gehörigen Umsicht verfahren ward. In dieser Beziehung fehlt es aber in Beihalt der Ausführung unter A. an Momenten für die Annahme, daß die Beamten, welche mit der fraglichen Straßenregulirung be-
p. 41. auftragt waren, der Vorwurf eines groben Verschuldens trifft, wofür der Staat aufzukommen verpflichtet wäre. Vielmehr wird angenommen werden müssen, daß diejenige Sorgfalt, welche in derartigen Fällen gewöhnlich aufgewandt zu werden pflegt, hier zur Anwendung gebracht ist, wofür auch die Umstände namentlich in Betracht kommen, daß die Erhöhung mittelst trockenen Weserſandes beschafft und durch Asphaltbedeckung vor Feuchtigkeit geschützt ist. Von einem derartigen Schätzungseide kann daher nicht die Rede sein.

Dagegen war gleichwohl in Beihalt des Schlußsatzes von §. 266 der Ger.-Ordn. auf den in dem Urtheile normirten Eid zu erkennen. Zwar würde gedachter Eid nicht gerechtfertigt sein, wenn zulässige Erforschungsmittel der Wahrheit noch vorhanden p. 42. wären. Dies ist jedoch nicht der Fall und konnte der 4ten und 5ten Beschwerde der Klägerin,

[1] der O. A. G.-Act. S. 4.

mittelst welcher sie fernere Prüfung der Sache durch Sachverständige beantragt, nicht entsprochen werden. Dagegen spricht nämlich der Inhalt des vorliegenden von den Sachverständigen abgegebenen Gutachtens. Zwar sind dieselben zuvörderst darüber in Zweifel gewesen, ob die von dem Gerichte an sie gestellte Frage mit derjenigen, welche von der Klägerin beantragt worden ist, zusammenfalle. Hieran war jedoch nicht zu zweifeln. Denn wenn die Sachverständigen in den Ausführungen zu 1, a—c der Instruction [47] sich darüber aussprechen sollten, welchen Schaden nach dieser Richtung hin das Erbe der Klägerin erlitten habe, so ist damit zugleich angedeutet, daß sie sich darüber aussprechen sollten, worin d. h. in welchen Thatumständen resp. Erscheinungen dieser Schaden bestehe. Die zweite Frage p. 43. der Instruction, worin besteht dieser Schaden? kann sich daher nur auf den Betrag derselben bezogen haben, und ist mit der von der Klägerin gestellten Frage identisch. Nun haben aber gerade in Ansehung dieser letzteren die Sachverständigen ausgeführt, daß ihnen deren Beantwortung nicht möglich sei. Sie gehen davon aus, der Schaden bestände darin, daß sich das Parterre des klägerischen Gebäudes weniger verwerthen lasse, und dieses habe wiederum einen doppelten Grund, einmal die Feuchtigkeit des Hauses und zweitens das gedrückte Ansehen der Zimmer, wogegen andererseits die Annehmlichkeit, welche durch die Straßenerhöhung herbeigeführt sei, nicht in der Weise in Betracht komme, um jene Mängel zu beseitigen. Die Feuchtigkeit nun entstehe theils aus der Erhöhung der Straße, theils und zwar zum größeren Theil aus der Lage des Gebäudes, p. 44. welches von Zeit zu Zeit den Ueberschwemmungen ausgesetzt sei; welcher Antheil der Feuchtigkeit dem ersteren und welcher dem

letzteren Umstande beizumessen sei, lasse sich jedoch nicht ermitteln, und mithin der Minderwerth des unteren Raumes in Zahlen nicht ausdrücken.

[50] ad 2.

Hiernach ist es als feststehend anzusehen, daß unverdächtige Sachverständige unter Angabe von Gründen erklärt haben, es lasse sich nicht angeben, zu welchem Theil die Feuchtigkeit durch die Straßenerhöhung und zu welchem Theil durch die Ueberschwemmungen herbeigeführt ward; und nach einem derartigen wohlmotivirten Ausspruch stand nicht anzunehmen, daß
p. 45. durch neue Sachverständige eine sichere Basis für die Beurtheilung sich werde gewinnen lassen. Es blieb daher nichts Anderes übrig, als den Betrag durch einen nach §. 266 z. E. der Klägerin aufzuerlegenden Eid feststellen zu lassen, und die Höhe des Betrages, bis zu welcher sie zu schwören hat, nach §. 269 richterlich zu normiren. Dabei waren dem Obigen zufolge zunächst die mit der Erhöhung des Fußbodens in Verbindung stehenden Veränderungen des Gebäudes gänzlich außer Anschlag zu lassen. Erwägt man sodann ferner, daß das erste Moment des Beweisinterlocuts, der Druck an die Mauer, unberücksichtigt bleiben muß, und daß das nunmehrige gedrückte Ansehen der Gebäulichkeiten ebenfalls nicht in Betracht gezogen werden darf, so mußte es in Mitberücksichtigung der obgedachten Miethver-
p. 46. minderung angemessen erscheinen, den Betrag des Schadens auf 1000 Thaler Gold festzustellen und diesen von der Klägerin eidlich erhärten zu lassen. Bei der Fassung dieses Eides war jedoch im Interesse einer allseitigen Berücksichtigung der für die Höhe des Schadens möglicher Weise in Betracht zu ziehenden Momente, auf die Möglichkeit, daß das Haus von der Erhöhung des Straßendammes Vortheil habe, obgleich desfalls der obigen Ausführung zufolge in den gegenwärtigen Acten zur Zeit nichts feststeht, Rücksicht zu nehmen. Sodann mußte es angemessen erscheinen, den Betrag in der Weise zu fixiren, daß durch Ableistung des Eides der Gesammtwerth des Schadens, den die Klägerin bis zur Ausschwörung des Eides erlitten, festgestellt würde, und war demnach von einer Zuerkennung von Prozeß-

Digitized by Google

zinſen abzuſehen, indem auf ſolche bereits bei Normirung des Betrags Rückſicht genommen iſt. Schließlich verſteht es ſich von p. 47.
ſelbſt, daß wenn der Beklagte ſich veranlaßt ſehen ſollte, von ſeinem [27] enthaltenen, in den Gründen zum Beweisinterlocute für zuläſſig erklärten Erbieten Gebrauch zu machen, und das Trottoir zurückzulegen, der Klägerin unbenommen bleibt, den durch den bisherigen mehrjährigen Zuſtand ihr bereits erwachſenen Schaden feſtſtellen zu laſſen, und überdies ihre Anſprüche geltend zu machen, wenn und inſoweit jene Zurückverlegung ihre Rechte etwa beeinträchtigen ſollte, ſo daß alſo nach beiden Richtungen hin ihr durch den Inhalt des gegenwärtigen Urtheil Nichts aberkannt ſein ſoll.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.*)

In Untersuchungssachen wider . . . . . T zu Bremen, wegen angeschuldigter Uebertretung der Steuerverordnung, in specie Competenz der Criminalgerichte betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Berufung für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 11. Februar d. J. wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben und das ganze gegen den Denunciaten eingeleitete Untersuchungsverfahren, unter Niederschlagung der Kosten, zu cassiren sei.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. October 1861.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

---

*) Der Abdruck des nachstehenden Urtheils nebst Entscheidungsgründen erfolgt auf mehrfach geäußerten Wunsch.

Es handelte sich in der Sache um die Anschuldigung der Uebertretung der bremischen Steuerverordnung hinsichtlich der Stempelabgabe auf See-assecuranzpolicen oder deshalb ausgefertigte Schlußzettel oder schriftliche Bescheinigungen.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der Angeschuldigte hat auch in seiner Berufungsschrift zu-
nächst den in seiner Vertheidigung erhobenen Einwand wieder- p. 2.
holt, daß die ihm schuldgegebene Verletzung der Steuerver-
ordnung kein zur Untersuchung und Bestrafung durch die Criminal-
gerichte gehöriges Vergehen enthalte. Und dieser Einwand
mußte für begründet erachtet werden.

Nach der klaren Bestimmung der Gerichtsordnung sind das
Criminalgericht und das Obergericht abgesehen von hier nicht
in Betracht kommenden Polizeisachen, als Untersuchungs- resp.
Strafgericht nur competent in peinlichen Fällen:

Ger. Ordn. § 25 u. 28.

d. h. für criminell zu behandelnde Vergehen. Nun ist aber, wie
auch das Obergericht anerkannt, eine Steuercontravention, wie
die vorliegende, gemeinrechtlich kein criminell strafbares Delict,
wie sie denn auch, was für die Praxis in Deutschland ein p. 3.
entschiedenes Zeugniß ist, in keinem der neueren deutschen Straf-
gesetzbücher als ein solches behandelt wird. Daß in Bremen
das Gegentheil gelte, daß namentlich Verletzungen der Stempel-
verordnung als ein öffentliches Vergehen zu behandeln seien,
könnte, da bei allen fiscalischen Strafen die Präsumtion dafür
streitet, daß sie nicht criminell, sondern nur von der betreffenden
Station des Fiscus als Privatstrafe zu verfolgen seien, daher
nur dann anerkannt werden, wenn dafür ein bestimmtes Gesetz
vorläge. — Allein dies ist nicht der Fall. — Vielmehr läßt sich
Manches für das Gegentheil geltend machen.

A) Auf ein bestimmtes Gesetz hat sich auch das Obergericht
nicht berufen können. Denn die Strafbestimmungen der kundigen p. 4.
Rolle beweisen nichts mehr, als die in den neueren Steuer-
verordnungen enthaltenen.

Digitized by Google

Wenn ferner das Obergericht es geltend macht, daß nach der Gerichtsordnung von 1751 das Kämmereigericht für alle Criminalsachen, in welchen auf Geldstrafen habe erkannt werden können, competent gewesen sei, so ist das zwar vollkommen richtig. Allein dem Kammerariusstand damals und bis zur französischen Occupation auch die Cognition über alle solche, nicht zur Competenz einer anderen Behörde stehenden Contraventionen gegen Steuergesetze und polizeiliche Verordnungen zu, welche nicht den Character von Criminalvergehen hatten.

Vergl, z. B. Verordnung vom 12. November 1755, den
p. 5. Handel der Fremden betr.

Verordnung vom 30. März 1771, Angabe der Branntweinbrenner auf der Acciseka mer betr.

Verord. vom 5. Januar 1801, wider Ve einträchtigung der Consumtionshebungen.

Verordnung vom 5. Januar 1809, wegen verschiedener Polizeigegenstände in der Neustadt.

Wenn daher das Obergericht bemerkt, daß im Jahre 1814 an die Stelle des ehemaligen Kämmereigerichts das damals constituirte Unter-Criminal- und Polizeigericht getreten sei, so erscheint das allerdings in so fern begründet, als die Gerichtsordnung von 1814 §. 13 bestimmt:

p. 6. Vor dasselbe (das Unter-Criminal- und Polizeigericht) gehören zur Untersuchung alle und jede Verbrechen gegen Strafgesetze und Polizeiverordnungen, welche sich in der Stadt und den Vorstädten ereignen.

Allein zweifelhaft ist es nach dieser Fassung doch immer, ob alle und jede Contraventionen gegen Steuerverordnungen, da diese weder Strafgesetze noch Polizeiverordnungen sind, vor dieses Gericht gehören sollten.

Zwar heißt es in der zweiten nach Publication der Gerichtsordnung erlassenen allgemeinen Steuerverordnung vom 1. Januar 1816 XVII. sub. 6:

Digitized by Google

> Der öffentliche Staatsanwalt sowohl als die Einnehmer der verschiedenen Steuern ꝛc. sind angewiesen, p. 7.
> um Amtshalber da, wo sie Contraventionen gegen einen oder anderen Punkt dieser Anordnung erfahren oder ahnen, solches dem Polizei-Gerichte zur Anzeige zu bringen, welches alsdann den Umständen nach verfährt.

Und ebenso lautet es bis zum Jahre 1820, und es ist, nachdem durch die Gerichtsordnung von diesem Jahre an Stelle des bisherigen Unter-Criminal- und Polizeigerichts, ein Criminalgericht getreten ist, in den gedachten allgemeinen Steuerverordnungen in dem angeführten übrigens unverändert gebliebenen Schlußartikel statt „dem Polizeigerichte“ gesetzt worden „dem Criminalgerichte“.

Indessen, abgesehen davon, daß dadurch dem Criminalgerichte, welches „den Umständen nach“ verfahren soll, immer p. 8.
unbenommen war, die Fälle, die es nicht für peinliche erachtete, als Parteisachen zu behandeln, scheint man im Laufe der Zeit das Unpassende dieser Bestimmung erkannt zu haben; denn zuerst im Jahre 1854 nach dem Zustandekommen der neuen Verfassung, und seitdem immer lautet die Bestimmung in wesentlich veränderter Fassung dahin:

> Der Staatsanwalt ꝛc. sind angewiesen, alle Fälle, in denen sich ein Verdacht einer Contravention ꝛc. erhebt, der Behörde anzuzeigen, welche dann weiter zu verfahren und geeignete Fälle an das Criminalgericht zu verweisen hat.

Auf diese Verordnungen, auf welche es jetzt allein ankommt, kann man sich also zum Beweise daß alle Steuercontraventionen p. 9.
zur Einleitung einer Untersuchung durch das Criminalgericht geeignet seien, nicht berufen, sondern der Richter wird immer zu prüfen haben, ob ein von der Behörde an das Criminalgericht, als zu dessen Competenz gehörig zur Untersuchung verwiesener Fall wirklich dahin gehöre, da unmöglich der Behörde darüber das Urtheil eingeräumt werden kann. Kann man aber das nicht, so ist überall kein Beweis vorhanden, daß die

Digitized by Google

jetzige Bremische Legislation Stempelcontraventionen unter allen Umständen, abweichend vom gemeinen Rechte, criminell behandle.

Vielmehr lassen sich

B) erhebliche Gründe dafür anführen, daß in der Legislation die entgegengesetzte Ansicht sich nach und nach Geltung
p. 10. verschafft hat.

1) In einer vom Obergerichte in Bezug genommenen Verordnung in Betreff der Consumtions-Abgabe, vom 26. Juni 1834 — auf deren gehörige Entrichtung der Bremische Bürgereid ganz speciell mit gerichtet ist —,

Sammlung der Verordnungen von 1751—1810. p. 367.

findet sich noch bestimmt, daß wegen aller Uebertretungen der betreffenden Anordnungen außer der in der Regel eintretenden Confiscation, auch Zuchthaus-, Gefängniß- und Geldstrafe verhängt werden könne, wenn durch die Uebertretung der Bürgereid oder ein sonstiges besonderes Verhältniß zum Staate verletzt wurde, oder wenn in der Art wie sie geschah, in der öfteren Wiederholung oder in sonstigen erschwe-
p. 11. renden Umständen ein Grund zu schärferer Ahndung liege. Und es ist hinzugefügt, daß in allen vorstehend erwähnten Fällen die Untersuchung und Bestrafung dem Criminalgerichte und je nach den Grenzen ihrer Competenz den übrigen für Strafsachen angeordneten Gerichten zustehe.

Verordnung vom 26. Juni 1834. §. 56. 57. 60.

Am 27. December 1847 ward nun aber ein Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Steuercontraventions-Fällen erlassen. Es wurde nämlich für die Uebertretungen der Consumtions- und Accise-Gesetze einschließlich der über Transit-Abgaben, besondere Steuergerichte constituirt, vor denen auf Grund einer von der Behörde anzustellenden, mit einem Strafantrage verbundenen Klage ein förmliches
p. 12. contradictorisches, wenn gleich nur summarisches Verfahren nach den Grundsätzen des Civilprocesses, stattfindet. Und hier findet sich nun im Art. 16 die Bestimmung, daß nur dann eine Verweisung an das zuständige Criminalgericht eintreten soll, wenn in der Uebertretung hinsichtlich der fraglichen Abgaben eine Ver-

letzung des Bürgereides oder einer eidlichen Declaration liege, oder mit derselben ein sonstiges gemeines Verbrechen oder Vergehen in Verbindung stehe. Sollen also nach dieser Verordnung Uebertretungen der Consumtions- und Accise-Gesetze, welche von der Wichtigkeit erachtet sind, daß darauf der Bürgereid besonders erstreckt ist, nur in den gedachten Fällen als criminell behandelt werden, so würde sich damit gar nicht vereinigen lassen, wenn die Uebertretungen derjenigen Steuergesetze, welche p. 13.
in den jährlich erneuerten betreffenden Verordnungen enthalten sind, als solche, und wenn auch gar Nichts hinzutrete, zu den criminell zu behandelnden Fällen gehören sollten.

Zu demselben Resultate gelangt man, wenn man

2) die Verordnungen die Steuern betreffend, in's Auge faßt. Diese Verordnungen, von welchen hier nur die von 1859 in Betracht kommt, enthalten

a) nur einen Fall, der ausdrücklich mit der Anzeige an das Criminalgericht zur Untersuchung und Bestrafung bedroht ist, wenn nämlich sich Jemand an dem Erhebungsbüreaux und gegen die Beamten ungebührlich beträgt und ihre Nachfragen wahrheitswidrig beantwortete, §. 98. p. 14.

b) solche Fälle, wo dies zwar nicht ausdrücklich angedroht ist, aber aus der Bestimmung selbst folgt, weil nämlich vorgeschrieben ist, daß die Steuerpflichtigen gewisse Angaben auf ihren geleisteten Bürgereid zu machen haben, weil eine Controle der Wahrheit ihrer Angaben, wenn nicht unmöglich, doch sehr schwierig ist.

§. 13, 20d, 68.

Dagegen enthält sie

c] andere Fälle, wo die Uebertretung einen criminellen Character ganz offenbar nicht hat, wo nämlich vorgeschrieben ist, daß etwas binnen einer gewissen Zeitfrist bei Vermeidung doppelter Zahlung, zu leisten sei,

§. 15. Abs. 2., §. 20b. §. 24. §. 95.

oder wo die Strafe der doppelten Stempelgebühr angedroht ist, p. 15.
wenn bei den Ausfertigungen der Gerichtscanzleien und Notarien so wie bei den Schriftsätzen der Advocaten und Acten der Ge-

Digitized by Google

richtsboten eine Folioseite mehr als 28 und weniger als 20 Zeilen, eine Quartseite mehr als 18 oder weniger als 12 Zeilen enthält.

§. 55a

Es bleiben nun noch

d) die Fälle übrig, wo die Contravention mit höherer Strafe bedroht ist, also namentlich, um bei der Stempelsteuer stehen zu bleiben, mit Erlegung von 5 Rt, 10 Rt oder des Zehnfachen, bei Beamten des zwanzigfachen Betrages des Stempels.

§. 57. 72.

Allein theils erscheint es durchaus unzulässig, weil ohne eine ausdrückliche desfallsige Vorschrift ganz willkürlich, die
p. 16. Contravention je nach der Höhe der pecuniären Nachtheile, mit welcher sie bedacht ist, als eine criminelle oder nicht criminelle zu behandeln, theils hat die Verordnung selbst deutlich zu erkennen gegeben, daß die in solchen Fällen angedrohten Nachtheile nur vom fiscalischen, nicht vom criminellen Standpunkte aufzufassen sind, indem sie nämlich bestimmt, daß, wo in den vorgeschriebenen Fällen kein Stempelpapier gebraucht wird, die Strafe des zehnfachen Betrags der Stempelabgabe von demjenigen zu erlegen sei, der sich der nicht gestempelten Urkunden bedient, ohne Rücksicht darauf, von wem die Contravention ursprünglich begangen ist, mit Vorbehalt des Regresses — nämlich des Zahlenden — an diesen.

§. 58.

Es hat auch

C) daß Obergericht gegenüber der Berufung des Denuncian-
17. ten in seiner Vertheidigungsschrift darauf, daß bisher Strafen wegen Steuer-Contraventionen, wenn nicht Eidesverletzung damit verbunden gewesen, nur auf dem Civilwege verfolgt worden seien, nur drei „ähnliche Fälle“ aus den Jahren 1815, 1820 und 1823 geltend gemacht, ohne sie jedoch näher zu bezeichnen, in deren ersten das Obergericht und den beiden anderen das Criminalgericht ihre Competenz nicht bezweifelt hätten.

Aus diesen Gründen mußte nicht nur das vom Obergerichte

Digitized by Google

als Criminalgericht abgegebene Erkenntniß, ſondern auch das ganze wider den Denunciaten eingeleitete Unterſuchungsverfahren, wie im Urtheil geſchehen, unter Niederſchlagung der Koſten, wieder aufgehoben werden, und war demzufolge in die Frage, ob der Denunciat ſich einer Verletzung der Stempelverordnung ſchuldig gemacht habe, überall nicht näher einzugehen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Urtheil.

In Appellations-Sachen L. F. Paulsen & Comp. zu Brake, Kläger, wider Johann Friedrich Carl Koht zu Bremerhaven, sodann dessen Debitmasse-Deputirten, jetzt wiederum ihn selbst, Beklagten, jetzt beiderseits Appellanten, Forderung betreffend, wird den Parteien hierdurch eröffnet, daß die unterm 17. März 1860 an das Obergericht remittirten E. Ulrici'schen Debit-Acten unterm 7. Mai desselben Jahres wiederum eingegangen sind, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 2. Januar 1860 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch

1) die im Decis. 1. des Obergerichts-Erkenntnisses vom 11. Juli 1859 enthaltene Beweis- und Gegenbeweis-Auflage in Wegfall zu bringen, auch

2) Beklagter in Ein Sechstel der Kosten voriger Instanz zu verurtheilen sei;

und wird nunmehr, unter Verurtheilung Beklagtens in Ein Sechstel und unter Compensation von Fünf Sechstel der Kosten jetziger Instanz, die Sache zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich gegeben zu Lübeck, den 29. October 1861.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Von den

I) gegen das Decisum 1. des Obergerichts-Erkenntnisses vom 11. Juli 1859 und die darin beiden Theilen gemachten Beweisauflagen gerichteten beiderseitigen Beschwerden war p. 2.

A. das klägerische Grav. I. für begründet zu erachten.

Allerdings zwar war

1) darin den Klägern nicht beizutreten, daß der erst duplicando von dem Beklagten vorgebrachte Einwand, es sei durch Beitritt der Kläger zu dem Ulrici'schen Accorde diejenige Forderung derselben an Ulrici getilgt worden, für welche denselben die Forderung des Letzteren an den Beklagten versetzt gewesen, verspätet und verfessen sei, und daß hierüber daher dem Beklagten überall nicht mehr ein Beweis hätte verstattet werden dürfen. Denn da Kläger den Zwischenbescheid vom 16. Mai 1859, wodurch in Anlaß der beklagtischen Insolvenz-Erklärung und wegen p. 3. Eintritts der Debitmasse-Deputirten in den jetzigen Proceß ein weiteres Verfahren über das neue duplicarische Vorbringen eröffnet wurde, unangefochten gelassen und ohne Widerspruch oder Verwahrung auf den obigen Einwand sich eingelassen haben, so würde dessen formelle Zulässigkeit selbst dann der Vorschrift des §. 150 der Ger.-Ordn. ungeachtet anzuerkennen sein, wenn der dafür in voriger Instanz geltend gemachte Grund, es liege in der Replikschrift eine zu neuen Einreden berechtigende Klagänderung vor, Bedenken unterliegen müßte.

Dahingegen haben Kläger mit gutem Grunde, was denn auch jedes nähere Eingehen auf den vorberegten Punkt unnöthig macht,

2) darauf sich berufen, daß der ihnen gegen obigen Beweis p. 4. freigelassene specielle Gegenbeweis, es sei „die Ueberweisung

oder Cession der Forderung Ulrici's wider Koht aus [1] ein Theil der den Klägern in Folge des Accords im Ulrici'schen Debitverfahren zu prästirenden Accords-Leistungen gewesen, und solchergestalt sei die an die Kläger anfangs nur eventuell in [2] beliebte Cession der jetzt eingeklagten Forderung hinterher eine definitive und unbedingte geworden, bereits vollständig in den Acten vorliege, und nicht blos der desfallsige Beweisnachlaß ungerechtfertigt erscheine, sondern auch der über obige Einrede dem Beklagten auferlegte Hauptbeweis überflüssig werde.

Die in dem Decisum 5 des Obergerichts-Erkenntnisses vom
p. 5. 11. Juli 1859 verfügte Adjunction der im Ulrici'schen Debit-Verfahren erwachsenen Acten ist nämlich durchaus inhäsiver Art, indem auf das desfallsige Gesuch der Kläger

vgl. O. Ger. Act. [15] p. 3.

bereits durch Protocollarbescheid vom 30. Mai 1859 die fragliche Adjunction erkannt war,

vgl. Prot. p. 5.

und haben auf diese Acten, aus denen die Kläger alsbald einen beglaubigten Extract beibrachten, beide Theile, und zwar Kläger zu Gunsten ihrer Behauptung, später sei definitiv die Cession eingetreten, Beklagter, indem er dies in facto et jure bestritt, sich des Näheren in Triplik und Quadruplik bezogen.

vgl. O. Ger. Act. [15] – [17].

p. 6. Nun enthalten die desfallsigen Protocollar-Verhandlungen vom 7. September 1858

vgl. Act. adj. Prot. p. 11. flg.

einestheils das eigene, als vollbeweisendes Geständniß anzuerkennende Vorbringen des im Ulrici'schen Debitverfahren bestellten Deputirten Dr. Gröning, den Klägern sei, um ihren Beitritt zum Accorde zu erlangen „außer der (von ihnen baar verlangten) Summe ad 4000 Rt „eine von dem Vater des Debitors ausgestellte Ingrossation über eine Forderung ad 650 Rt als ein Theil der denselben zu prästirenden Leistungen, und überdies eine bereits in ihren Händen befindliche Obligationsforderung des Debitors an C. F. Kothe in Bremerhaven ohne Gewährschaft für honestas und veritas übertragen, um sich

auch aus deren Erlös thunlichst bezahlt zu machen." Anderntheils p. 7.
erweisen sie, daß die von dem Beklagten jetzt relevirten, damals von Dr. Gröning unter Berufung auf §. 189 der Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen erhobenen Anstände gegen die Rechtsbeständigkeit der von Klägern für ihren Beitritt zum Accorde gemachten Anforderungen sich auf die jetzt fragliche Cession überall nicht, sondern nur auf den Zeitpunkt, wo die Baarsumme von 4000 ℛ habe berichtigt werden sollen, so wie darauf bezogen haben, daß Kläger neben der mehrerwähnten Ingrossation auch noch weiter eine durch den Cridar angeblich erfolgte Cession von 10 Actien im Schiffe Union geltend machen wollten, endlich erhellt aus denselben, daß auf dem in [54] actor adj. vorliegenden Quittungsbogen für die jetzigen Kläger über die Accordsumme p. 8.
von 4000 ℛ und über die Ingrossation ad 650 ℛ nur quittirt worden ist, „unter Reservation der am 23. October 1857 von J. C. F. Kohl zu Gunsten von J. E. Ulrici über ein Capital von 5000 ℛ ausgestellten Obligation, welche an L. Paulsen & Comp. cedirt," sowie daß dieser Quittungsbogen eine Anlage und die Basis des in [48] ibid. vorliegenden Schlußberichts gebildet hat, in dessen Folge das Ulrici'sche Debitverfahren durch Protocollar Bescheid vom 14. September 1858 für aufgehoben erklärt wurde. Es hat sonach der Accord mit diesem Vorbehalte selbstständiger und unbedingter Ueberlassung der jetzt eingeklagten Kohl'schen Obligation die formell erforderliche schließliche Genehmigung der Concurs-Deputirten und des Concursgerichts gefunden, und ist die Rechtsbeständigkeit jener definip. 9.
tiven Cession darnach ebenso zweifellos, als ihre factische Richtigkeit constatirt. So weit aber kann die Vorschrift des §. 166 der Ger.-Ord., auf welche das Obergericht sich berufen hat, nicht ausgedehnt werden, daß auch da, wo nicht sowohl durch anticipando besonders beigebrachte Beweismittel die Wahrheit eines Vorbringens zu constatiren versucht ist, als vielmehr diese aus den verhandelten und connexen Acten selbst, deren letzterer Adjunction hier noch dazu von dem Gegner verlangt und durch allseitig unangefochten gebliebenen Bescheid verfügt worden ist, vollständig in facto et jure liquide gestellt wird, gleichwohl immer

Digitized by Google

noch förmlich auf Beweis erkannt werden mußte, was ein leerer
p. 10. Formalismus sein und ganz unnütze Kosten wie Weiterungen herbeiführen würde.

Mit der hiernach anzuerkennenden Liquidität der klägerischen Behauptung, die eingeklagte Forderung hinterher rechtsgültiger Weise unbedingt erworben zu haben, fällt aber auch jeder Grund zu einer Constatirung des nur für den Fall, wenn es bei deren ursprünglich in Form eines Versatzes erfolgten Ueberlassung an die Kläger geblieben wäre, erheblichen Umstandes hinweg, ob die dadurch sicher zu stellende Forderung der Kläger an den Pfandbesteller noch bestehe, oder ob und welchergestalt sie bereits getilgt sei. Es war daher nicht bloß die angefochtene Gegen-
p. 11. beweis-Auflage selbst, sondern mit dieser auch das den Beklagten betreffende Hauptbeweis-Injunct, wie geschehen, in Wegfall zu bringen.

B. Durch diese den klägerischen Anträgen entsprechende reformatorische Entscheidung erledigen sich nicht bloß einerseits

I) die von den Klägern erhobenen, überdies offensichtlich ungegründeten Grav. II und III wegen Fassung der ihnen vom Obergerichte gemachten Beweis-Auflage von selbst, sondern erscheint es andererseits auch unnöthig,

2) auf die wider das Decisum 1 von dem Beklagten in der Revisionsinstanz erhobenen Grav. I und II näher einzugehen, welche auch in der Sent a qua schon eine eben so allseitige als
p. 12. zutreffende Würdigung gefunden haben, auch in jetziger Instanz, obwohl von dem Beklagten weiter verfolgt, nicht einmal näher justificirt worden sind.

II) Ueber das Decisum 2 des Erkenntnisses vom 11. Juli 1859, welches die Einrede der Compensation so weit verworfen hat, als solche daraus entnommen war, daß Ulrici drei auf dessen Ansuchen von dem Beklagten ausgestellte und in blanco indossirte Tratten an eigene Ordre vom 30. Januar, 9. Februar und 6. Februar 1858 im Betrage von 2400, 2600 und 2000 Ldor. Rc übergeben erhalten, acceptirt und als Zahlung benutzt, dann aber bei inzwischen am 30. April eingetretener Insolvenz-

Digitized by Google

Erklärung nicht eingelöset habe, und daß Beklager diese auf ihn zurückgekommenen Accepte bezahlt habe resp. bezahlen müsse

vgl. O. Ger. Act. [6] p. 3.

hat Beklagter sich mittelst seines Grav. III. voriger und jetzi- p. 13.
ger Instanz beschwert.

Diese Beschwerdeführung gewinnt, obwohl es feststeht, daß die Cession schon vor Ulrici's Insolvenz-Erklärung, nämlich am 24. April 1858 und zwar in Folge einer von den Cessionaren, was Beklagter für nothwendig erachtet, ausgegangenen Denunciation, dem Beklagten bekannt geworden war,

a) einerseits dadurch einigen Schein, daß Beklagter zu dem an Ulrici gewährten Credit überhaupt und speciell zu jener Wechselausstellung nur aus Rücksicht auf die Letzteren aus der jetzt eingeklagten Obligation wider ihn zuständige Forderung bestimmt worden sein will, aus welcher er überdies erst vom 14. October 1858 ab, also nach eingetretener Fälligkeit jener p. 14.
auf 3 Monat lautenden Wechsel, und sonach muthmaßlich erst nach längst erfolgter Regulirung jenes Credits, und dann nur auf successive Ratenzahlungen von Ulrici hätte in Anspruch genommen werden können. Andererseits äußern

b) allerdings einige Rechtslehrer über die Voraussetzung, unter welcher eine Gegenforderung der cedirten Forderung nach eingetretener Denunciation noch compensando entgegengestellt werden könne, sich in einer Weise, als komme es nicht darauf an, ob jene vor dem Zeitpunkte der Denunciation fällig und klagbar geworden sei, sondern nur darauf, daß sie ihrer thatsächlichen Entstehung und rechtlichen Begründung nach in die Zeit vor erfolgter Denunciation falle.

Allein in ersterer Hinsicht kam nicht bloß, daß die in [1] p. 15.
wegen successiver Tilgung der Schuld getroffene Bestimmung nur als eine nicht sowohl als eine obligationi, als bloß solutioni adjectus dies sich darstellt, und daß sonach für den vollen Betrag der darin anerkannten Schuld schon mit dem Augenblicke der Unterzeichnung von [1] ein wirksames Forderungsrecht Ulrici's an Beklagten existent geworden war, sondern auch und zwar vornehmlich dies in Betracht, daß Beklagter weder

Digitized by Google

sein Vorgeben, nur dieses Schuldverhältniß zu Ulrici habe ihn zu dem hier fraglichen Credit- und Wechselgeschäfte bestimmt, näher und gehörig substantiirt, noch auch irgend darauf sich berufen hat, es sei dies dem Ulrici bekannt, und derselbe damit einverstanden gewesen, woraus doch allein eine Beschränkung der an sich jedem Gläubiger zuständigen Cessionsbefugniß sich würde herleiten, und die vom Beklagten vertretene Ansicht rechtfertigen lassen, daß ihm die in jenem Schuldverhältnisse gefundene Deckung für seine aus der der Wechselziehung später etwa resultirenden Regreßansprüche nicht hätte durch Cession und Denunciation geschmälert und gefährdet werden dürfen. Soviel aber jene Controverse betrifft, so bedurfte es vorliegend keines näheren Eingehens darauf. Denn wenn auch die Wechselziehung die Möglichkeit einer Haftung für den betreffenden Betrag im Falle der Nichthonorirung involvirt, so wird doch die wegen solcher Haftung gegen die Acceptanten zuständige Regreßforderung immer erst nach Verfall und Nichthonorirung, und zwar erst mit der Seitens des Ausstellers wirklich erfolgten Einlösung der Wechsel existent, begründet und fällig. Nun aber fällt diese Wiedereinlösung der Wechsel, so weit überhaupt schon durch Beklagte erfolgt, in eine Zeit, welche diesseits der ihm als debitor cessus gewordenen Denunciation liegt. Es war daher mit dem Obergerichte die Incompensabilität der hier in Rede stehenden Wechselregreß-Gegenforderungen des Beklagten anzuerkennen, und insoweit unter Verwerfung seines obigen Grav. III die Entscheidung der vorderen Richter zu bestätigen.

p. 16.

p. 17.

Gleiches hatte

III) in Betreff derjenigen Beschwerden einzutreten, zu welchen sich in verschiedener Richtung beide Theile durch das Decisum 3 des mehrgedachten Obergerichts-Erkenntnisses vom 11. Juli 1859 und in Betreff der hierin wegen der sonstigen beklagtischen Compensanda über den Zeitpunkt der Denunciation, so weit noch streitig, den Klägern gemachten Beweisauflage in voriger und jetziger Instanz veranlaßt und berechtigt geglaubt haben.

p. 18.

A. Gänzliche Streichung dieser Beweis-Auflage ist zunächst

1) von den Klägern mittelst ihrer das Grav. 4 voriger

Instanz wiederholenden Grav. II und III in der Richtung beantragt, daß statt dessen sofort Beklagter auch mit den hier fraglichen, annoch weiterer Liquidation vorbehaltenen Gegenforderungen abgewiesen werde.

Dies Verlangen wird

a) auf die schon in replicis aufgestellte und der Einrede der Compensation opponirte, jetzt zu Rechtfertigung aller klägerischen Beschwerden wiederholte Behauptung gestützt, es sei die cedirte in [1] anerkannte Forderung wegen der in diesem Documente vorkommenden Worte „oder sonst getreuen Inhaber dieser Pfand- und Schuldverschreibung" eine obligatio au porteur, und solchen ständen, wenn nicht mehr in Händen des Ausstellers, Einreden aus dessen Person unter keinen Umständen entgegen. Es ist indessen klar, daß dieses Zusatzes ungeachtet die fragliche Urkunde ein auf certam personam lautender Schuldbrief bleibt, und genügt zur Beseitigung obigen Arguments der bloße Verweis auf die Entscheidungsgründe des Obergerichts, zumal die in jetziger Instanz von dem klägerischen Anwalt für dienlich erachtete ausführliche Deduction auf dem Mißverständnisse beruht, als habe das Obergericht nicht sowohl, wie doch offensichtlich ist, blos das vorliegende Document als auf den Inhaber lautend anzuerkennen für unmöglich erklärt, vielmehr überhaupt für Bremen die Ueblichkeit und rechtliche Zulässigkeit von au porteur lautenden Schuldbriefen und Verbindlichkeiten bestreiten wollen. p. 19. p. 20.

Gleichergestalt bedarf es

b) gegenüber den durchaus zutreffenden Entscheidungsgründen der vorderen Richter keiner eingehenden Widerlegung des weiteren klägerischen Arguments, es stehe der beabsichtigten Compensation der desfallsige Verzicht des Beklagten in [1] entgegen, welcher überdies wohl nur auf Sicherstellung der prozessualischen Vortheile des auf solchen Obligationen zu gründenden, und vorliegend, wenn überhaupt (was das Prozeß-Petitum der Klage mehr denn zweifelhaft macht) gewählten und eingeleiteten, jedenfalls mit Eintritt des beklagtischen Concurses und durch den unangefochten gebliebenen Ausspruch des Obergerichts-Erkennt- p. 21.

nisses vom 11. Juli dermalen beseitigten Executiv-Processes Bezug hat.

Da nun auch

c) der erst in voriger und jetziger Instanz zu Beseitigung aller Compensanda geltend gemachte Einwand, es sei wegen der in [1] verabredeten Zahlungstermine auch zur Zeit der erfolgten Denunciation die jetzt ex cessione verfolgte Hauptforderung überall noch nicht existent und fällig gewesen, wenn überhaupt noch processualisch zulässig bereits oben als unbegründet sich ergeben hat, so konnte die Verwerflichkeit der klägerischen
p. 22. Beschwerdeführung über die ihnen auferlegte Beweisführung keinem Bedenken unterliegen.

Zweifelhaft durfte erscheinen, ob nicht

2) das vom Beklagten dieserhalb erhobene, auf Beseitigung der Beweisauflage und auf Substitution eines Decrets zur Einlassung auf die compensando geltend gemachten Gegenforderungen gestellte Grav. IV. voriger und jetziger Instanz für begründet zu erachten sein möchte.

Denn allerdings sind angesehene Rechtslehrer, und unter diesen namentlich der Hauptschriftsteller über die hier einschlagende Rechtsmaterie

vgl. ausser Mühlenbruch Lehre von der Cession §. 47. 3. Aufl. p. 490 und Lehrb. des Pand.-Rechts §. 50
p. 23. auch Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen Th. I. §. 231.

der Ansicht und auch von höchsten Gerichten

vgl. Seufferts Archiv. Th. 6. Nr. 25.

ist es ausgesprochen worden, daß die denunciatio cessionis, wie sie dem cessionarius zu Schutz und Vortheil gereicht, mit den daran geknüpften rechtlichen Wirkungen in Betreff der ex persona cedentis dem debitor cessus zuständigen Einreden als ein besonderes Recht des cessionarius allein zu erachten sei. Daß nun aber von ihnen selbst schon vor dem 24. April 1858 dem Beklagten eine Mittheilung über den auf sie durch Cession erfolgten Uebergang der Ulricischen Forderung geworden sei, haben Kläger

Digitized by Google

nicht zu behaupten vermocht. — Allein die Mehrzahl der Juriſten hat ſich doch, wie die leicht noch durch andere, z. B.

Göſchen Vorleſ. Bd. II. 2. § 380 sub. 1. p. 24.

Arndt's Pand. Lehrb. § 256. Not. 1

zu vermehrenden Nachweiſungen der vorderen Richter darthun, dahin ausgeſprochen, wofür es zugleich nach

Seuffert. a. a. O. Th. 3 Nr. 15 u. Th. 13 Nr. 91

an Präjudicaten höchſter Gerichte nicht fehlt, daß in dieſer Hinſicht zwiſchen Cedent und Ceſſionar kein Unterſchied zu machen, und zeigt außerdem eine Vergleichung der von Puchta in ſeinem Aufſatze über Ceſſion

vgl. Weiske's Rechtslexikon p. 655

gegebenen Darſtellung mit genügender Evidenz, wie wenig die bloße Erwähnung der ceſſionariſchen Denunciation zu einer Folgerung auf die Anſicht berechtigt, es ſei der Cedent nicht auch p. 25. zu ſolchen befugt, oder doch die von dieſem erhaltene Mittheilung über die Ceſſion jeder anderweit dem debitor cessus darüber gewordenen Kunde gleichzuſtellen. Nicht minder iſt, wie ſehr man auch in dem letztgedachten Falle möchte Bedenken tragen müſſen, die Einrede der Compenſation für den debitor cessus auf die dem Zeitpunkte ſolcher Kunde vorangehenden Gegenforderungen zu beſchränken, doch für den Fall einer zu ſolchem Behufe abſichtlich dem debitor cessus gemachten Mittheilung kein innerer Grund erfindlich, zwiſchen dem Ceſſionare, welcher immer nur als procurator, wenn auch in rem suam des Cedenten gilt, und zwiſchen Letzterem ſelbſt dahin einen Unterſchied eintreten zu laſſen, daß hier die dort an die Denunciation geknüpften Folgen gänzlich p. 26. ceſſiren.

Selbſt abgeſehen von der durch das Obergericht ſpeciell und ausdrücklich für Bremen bezeugte Praxis, in Bezug auf die hier fragliche Controverſe, vollends aber in Anbetracht dieſes Zeugniſſes hat daher das O. A. Ger. kein Bedenken tragen können, ſich hierin der der Sent. a qua zu Grunde liegenden Anſicht anzuſchlieſſen, und demzufolge die vom Beklagten angefochtene Beweisauflage unter Verwerfung auch ſeines Grav. IV. zu beſtätigen.

Digitized by Google

B. In Betreff der Fassung des in Decis 3 erkannten Beweises liegt eine Beschwerde des Beklagten überall nicht vor.

p. 27. Die im Grav. V. von den Klägern beantragte Aenderung aber, daß nämlich statt der Worte „Anzeige von der hier fraglichen Cession“ gesetzt werde: „Anzeige von dem in [2] enthaltenen Versatze und eventuellen Cession,“ ist sowohl an sich und nach der desfallsigen eigenen Erklärung der Appellanten im jetzigen Libelle, vollends aber, nachdem der später im Ulrich'schen Accordsverfahren definitiv und unbedingt erfolgte Uebergang der eingeklagten Forderung auf die Kläger als bereits constatirt bez. anerkannt werden müssen, eine so evident nutzlose und überflüssige, daß die Verwerflichkeit dieses Grav. V. keiner weiteren Ausführung bedarf.

Da nun auch

p. 28. IV. in Betreff des Decisi 4 des Erkenntnisses vom 11. Juli 1859, welches den beklagtischen Antrag auf Bestellung einer cautio pro reconventione als unbegründet verworfen hat, die Grundlosigkeit des von den Beklagten dawider in voriger Instanz erhobenen und jetzt wiederholten Grav. V. unzweifelhaft ist, und es in dieser Hinsicht nur einer Verweisung auf die in aller Weise zutreffenden Entscheidungsgründe der vorderen Richter bedarf, so war, abgesehen von der ad. I. erfolgten Bestätigung des obergerichtlichen Decisi 1 vom 11. Juli 1859, im Uebrigen die Sent. a qua lediglich zu bestätigen. Es konnte aber auch jene Reformatoria, weil mehr aus formellen Gründen erforderlich, als von materieller Bedeutsamkeit,

p. 29. V. hinsichtlich der den Kostenpunkt betreffenden Entscheidungen nicht weiter führen, als daß ein Theil der in voriger und gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten dem Beklagten zur Last fallen muß, wohingegen im Uebrigen, weil beide Appellationen sonst gleich grundlos sich erwiesen, die vom Obergerichte erkannte Kosten-Vergleichung für die vorige Instanz festzuhalten, und auf die jetzige zu erstrecken war,

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer**,
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil. *)

In Appellationssachen Carl Georg Blasius zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, wider Joh. Friedr. Hartmann daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, Herausgabe einer Urkunde, jetzt geführten Beweis betreffend, erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 14. Febr. 1859, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 21. Juli 1860.

Zur Beglaubigung
(L. S.) (unterz.) J. Bremer,
Secretar.

*) Zu Jahrgang 1860 gehörig, u. am Schlusse des IV. Bds. nachträglich eingeschaltet.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Kläger hat, soviel

pag. 2. I. den zu den beiden ersten Beweissätzen des Obergerichts-Erkenntnisses vom 15. Februar 1858 geführten Beweis anlangt, eine Widerlegung der Gründe, aus welchen das Obergericht diesen Beweis als bis zum Erfüllungseide erbracht angesehen hat, nicht versucht und genügt es in dieser Beziehung, indem im Uebrigen auf jene Gründe verwiesen werden kann, noch Folgendes besonders hervorzuheben.

A) Daß Beklagter sich bis zum Januar 1857 im Besitze eines mit dem Namen des Klägers unterschriebenen Scheines befunden hat, worin die im ersten Beweissatze bezeichnete Verpflichtung ausgedrückt war, scheint Kläger gar nicht bestreiten zu wollen. Derselbe setzt vielmehr die Wahrheit dieser Thatsache voraus und protestirt nur gegen die Aechtheit jener Unterschrift.

O. Ger. Act. [23] p. 4 u. 9 in fin. 10.

pag. 3. Sieht man aber auch hiervon ab, so finden, was diesen Punkt anlangt, die Aussagen der verdächtigen Zeuginnen 1 und 2 in der allerdings etwas unbestimmten aber desto glaubwürdigeren Deposition des Zeugen 4 eine solche Unterstützung, daß hier das Vorliegen wenigstens halben Beweises

cf. Bremer Ger.-Ordn. § 264

gar nicht bezweifelt werden kann.

B) Die bestimmte Versicherung der Zeuginnen 1 und 2, daß die Namens-Unterschrift unter jenem Scheine die Handschrift des Klägers gewesen, hat allerdings, wie das Obergericht bereits hervorgehoben, nur geringen juristischen Werth, ist indeß auch nicht, wie Kläger dies meint, geeignet, jene Zeuginnen als besonders

verdächtig erscheinen zu lassen. Es ist, unter den von ihnen an- pag. 4.
gegebenen Umständen, ganz erklärlich, daß sie sich ein Urtheil über die Aechtheit jener Unterschrift zutrauen.

C) Der Mangel eines direkten Aechtheits-Beweises in Betreff der gedachten Unterschrift wird dagegen durch die Anerkennung der in dem Scheine beurkundeten Verbindlichkeit ersetzt, welche — nach eben jenen Zeuginnen — der Kläger zu Anfang des Jahres 1857, in Gegenwart des Beklagten, dessen Ehefrau gegenüber, ausgesprochen haben soll. Daß der Schein, auf welchen diese von den Zeuginnen bekundeten Verhandlungen sich bezogen, eben jener unter A. erwähnte Schein gewesen, muß man, da die Existenz eines zweiten Scheins weder behauptet noch irgend indicirt ist, annehmen. pag. 5.
Die Zeugin 2 nennt zudem die Summe von 500 Rg, auf welche der fragliche Schein ging. — Nun sind allerdings die beiden genannten Zeuginnen, als Schwester der Ehefrau des Beklagten und die Zeugin 1 überdies wegen des Abhängigkeitsverhältnisses, in welchem sie zum Beklagten steht, nichtsweniger als classische Zeugen. Allein das Ober-Appellationsgericht hat bereits früher anerkannt, daß die aus der persönlichen Verdächtigkeit eines Zeugen erwachsenden Bedenken nicht nur durch die Unterstützung, welche dessen Angaben in anderweit constatirten Momenten finden, sondern auch durch die innere Beschaffenheit der Aussage selbst in solchem Maaße entkräftet werden können, daß diese Aussage bei Vertheilung der Eidespflicht entscheidend ins Gewicht fallen müsse, pag. 6.

Entsch. Gr. zur Bremer S. Meyer c. Sudholz d. 1850.

und es unterliegt keinem Zweifel, daß durch das Zusammentreffen zweier solcher Zeugen-Aussagen, auch wenn es an sonstigen directen Beweismomenten fehlt, die Auflegung eines Erfüllungseides motivirt werden kann. Im vorliegenden Falle treffen aber alle Voraussetzungen zusammen, wodurch die materielle Glaubwürdigkeit der Depositionen an sich verdächtiger Zeugen bedingt und verbürgt wird.

1) Die Aussagen der beiden Zeuginnen sind bestimmt, detaillirt und frei von inneren Widersprüchen.

2) Sie stimmen unter einander vollständig und doch nicht in einer solchen Art überein, daß der Verdacht einer Collusion begründet wäre.

Digitized by Google

Die Zeugin 2 (und dies ist gerade die minder verdächtige) erwähnt mehrerer Specialitäten, welche die Zeugin 1 übergeht (Betrag der anerkannten Schuld, Name des anzugehenden Notars — cf. auch noch unter sub II. A. in f.).

3) Für die Wahrheit der fraglichen Zeugenaussagen im Ganzen spricht es, daß einzelne Punkte derselben anderweit ihre Bestätigung gefunden haben, so namentlich

a) die wirkliche Existenz eines Schuldscheins, worauf die fraglichen Verhandlungen bezogen werden können (cf. ob. sub. A.)

b) die Thatsache, daß die Parteien zur betreffenden Zeit über ein dem Kläger zu gebendes Darlehen von 800 Thalern ver-
pag 8. handelt haben.

cf. O.-Ger.-Act. [12] und Depos. test. 5. ad art. 14.

D) Nach den Aussagen derselben Zeuginnen hat Kläger bei der fraglichen Gelegenheit erklärt: er sei mit dem Beklagten übereingekommen, daß die in dem Scheine erwähnte Schuld (Zeugin 2 nennt auch deren Betrag von 500 Thalern) von ihm (nach Zeugin 1 „auf 1 Jahr mit 4 %“) verzinst werden solle. Hierin liegt der Sache nach nichts Anderes, als die im zweiten Beweissatze zu Beweis verstellte Verwandlung der fraglichen Schuld in ein verzinsliches Darlehn. Von der Glaubwürdigkeit der betreffenden Aussagen gilt aber ganz das sub C. Bemerkte. Es waltet
pag. 9. also kein Bedenken ob, auch in Betreff des zweiten Beweissatzes bei dem dem Beklagten nachgelassenen Erfüllungseide es zu belassen. — Die Deductionen des Klägers in gegenwärtiger Instanz sind denn auch

II. lediglich gegen die Annahme gerichtet, daß der Beweis der dritten Copulative des Obergerichts-Erkenntnisses vom 15. Februar 1858, ebenfalls als bis zum Erfüllungseide erbracht angesehen worden ist. Es muß jedoch auch in diesem Punkte dem Obergerichte beigetreten werden.

A) Darin, daß drei verschiedene Beweissätze normirt worden sind, liegt allerdings nothwendig, daß der Beweis zu 1 und 2 nicht ohne Weiteres auch den zu 3 in sich begreift. Dagegen kann es durchaus nicht für ausgeschlossen erachtet werden, daß die
pag. 10. Thatsachen unter 1 und 2, wenn sie erwiesen sind, als Argumente

Digitized by Google

für den Beweis sub 3 benutzt werden. Sie müssen aber als solche, und zwar als Argumente von der höchsten Wichtigkeit angesehen werden. Wenn Beklagter am 10. Januar 1857 von dem Kläger 500 Thaler aus dem im ersten Beweissatze erwähnten Schuldgrunde zu fordern hatte und zwischen den Parteien verabredet worden war, diese 500 Thaler sollten verzinslich stehen bleiben, und wenn nun unter demselben Tage eine Obligation über ein verzinsliches Darlehen von 500 Thalern errichtet und dem Beklagten übergeben worden ist, nach der übereinstimmenden Erklärung der Parteien aber eine baare Hingabe von 500 Thalern weder vor noch nachher Statt gefunden hat, so spricht Alles dafür, daß die Obligation vom 10. Januar 1857 zur Beurkundung eben jener durch Umwandelung erzeugten Darlehnsschuld von 500 Thalern dienen sollte. Es kommt hinzu, daß, nach Angabe der Zeuginnen 1 und 2, Kläger bei der mehrerwähnten Verhandlung von einer notariellen Beurkundung des Schuldverhältnisses (natürlich in der neuen Gestalt eines Darlehns, worauf auch die gemeine Bedeutung des Worts „Obligation" hinweist), gesprochen hat. Daß Zeugin 1 die Sache so aufgefaßt hat, als solle das notarielle Instrument überhaupt erst noch errichtet werden, Zeugin 2 so, als sei es bereits errichtet, aber noch in den Händen des Klägers, kann als eine erhebliche Differenz dieser Aussagen nicht aufgefaßt werden. — Die durch die vorstehende Argumentation begründete Wahrscheinlichkeit findet aber pag. 11.

B) in den, pag. 11 flg. der Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse hervorgehobenen besonderen Momente noch eine derartige Unterstützung, daß jeder Zweifel über den nachzulassenden Erfüllungseid beseitigt erscheint. pag. 12.

Zu a) ist der Versuch des klägerischen Anwalts, der vom Obergerichte hervorgehobenen replicarischen Behauptung eine Deutung zu geben, wodurch sie in Uebereinstimmung kommt mit dem Inhalte der Urkunde selbst und dem Ergebnisse des Beweisverfahrens offenbar mißlungen. Großes Gewicht legt übrigens das Obergericht selbst nicht auf das hier hervorgehobene Moment.

Zu b) und c) muß es mit dem Obergerichte, als in hohem Grade gegen den Kläger sprechend, angesehen werden, daß er weder

Digitized by Google

pag. 13. bei der wiederholten Vollziehung seiner Unterschrift resp. Aushändigung der Obligation an den Beklagten noch im Laufe der nächsten 9 Monate irgend einen Schritt gethan zu haben nur behauptet, um in den Besitz des, seiner Darstellung nach, gegen diese Obligation ihm gebührenden Darlehens zu gelangen oder die Rückgabe der Obligation zu erwirken. In Bremen, wo über ein Darlehen ausgestellte Schuldscheine nicht erst nach Ablauf von 2 Jahren, sondern sofort beweiskräftig werden:

Verordn. vom 19. December 1833. §. 1—3.

wird kein nur einigermaaßen vorsichtiger Hausvater einen derartigen von ihm unterschriebenen Schein dem darin bezeichneten Gläubiger so lange wie hier geschehen, unangefochten in Händen lassen, wenn
pag. 14. er nicht das darin bezeichnete Darlehen, sei es baar, sei es durch Anrechnung einer anderen Schuld, erhalten hat. Da es nun feststeht, daß Kläger die in der Obligation vom 10/24. Januar 1857 bezeichneten 500 Thaler niemals baar erhalten hat, so macht es der beklagtische Besitz jener Obligation im hohen Grade wahrscheinlich, daß irgend ein anderes Schuldverhältniß der Ausstellung derselben zu Grunde liege, und wird ein solches Schuldverhältniß und zwar grade im Betrage von 500 Thaler dargethan, so kann in der That kaum ein Zweifel darüber bleiben, daß gerade in diesem der Ersatz für die baare Auszahlung des Geldes gefunden worden ist.

Zu d) kann der vom Obergericht hervorgehobenen Thatsache,
pag. 15. daß die Parteien zu der betreffenden Zeit in Unterhandlung um ein Darlehen von 800 Thalern gestanden haben, darüber eine Obligation angefertigt und notariell beglaubigt, dem Beklagten jedoch — weil eine schließliche Einigung der Parteien nicht erzielt wurde — nicht überliefert worden ist, zwar nur geringes, es muß ihr aber doch immer einiges Gewicht für den in Frage stehenden Beweis beigelegt werden. Hätte es sich zu jener Zeit, wie Kläger das behauptet, darum gehandelt, daß ihm 500 und 800 Thaler, und zwar unter ganz gleichen Bedingungen darlehnsweise baar ausgezahlt wurden, so hätte man erwarten sollen, daß zur Ersparung von Kosten und Umständen Eine Obligation über 1300 Thaler an-
pag. 16. gefertigt worden wäre. Besondere Gründe, weßhalb diese Summe

Digitized by Goog

in jene beiden Beträge zerlegt und darüber zwei Obligationen errichtet worden, sind vom Kläger so wenig angegeben, als ersichtlich ist, wie es gekommen sein sollte, daß — unter übrigens gleichen Verhältnissen — die eine Obligation dem Beklagten überliefert, die andere aber vom Kläger zurückbehalten worden ist. Es spricht also auch die hier hervorgehobene Thatsache einigermaßen dafür, daß die Obligation in [5] der Obergerichts-Acten nicht in Erwartung eines baaren Darlehns, sondern nur behufs Bekundung und Sicherung eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses angefertigt und dem Beklagten überliefert worden ist.

Zu e) muß allerdings

α) die Aussage der Zeugin 3 (Wwe. Jhncken) ganz außer Betracht bleiben, denn wenn dieselbe auch in ihrer Eigenschaft als pag. 17.
Schwiegermutter der Beklagten, an und für sich nur zu den verdächtigen, nicht zu den unfähigen Zeugen zu rechnen sein würde, so kommt doch vorliegend in Betracht, daß der von dem Beklagten geführte Proceß der Sache nach, zugleich ein Proceß seiner Ehefrau ist, indem — abgesehen von dem Einflusse der allgemeinen Gütergemeinschaft des Bremischen Rechts — der eigenen Darstellung des Beklagten zufolge, der erste von dem Kläger über die fraglichen 500 Thaler ausgestellte Schein zu Gunsten seiner, des Beklagten und seiner Ehefrau ausgestellt gewesen ist,

Ober-Ger.-Act [9] p. 5.

diese letztere auch, ausweislich der Zeugen-Aussagen, die ganze Angelegenheit als ihre eigene behandelt und dem Kläger gegenüber pag. 18.
betrieben hat. In ihrer Eigenschaft als Mutter der mitbetheiligten Ehefrau des Beklagten aber muß die Wittwe Jhncken

arg. L. 9. D. l. 6. C. de testib.

als unfähige Zeugin angesehen werden.

Es bleibt also

β) nur die Aussage der verdächtigen Zeugin 1 übrig, die an sich zur Nachlassung eines Erfüllungseides nicht genügen kann. Allein als Unterstützung und Verstärkung der übrigen bereits vorliegenden Beweismomente kommt doch auch diese Deposition über einen Umstand in Betracht, der recht geeignet erscheint, den Zu-

Digitized by Google

sammenhang zwischen der älteren Schuld des Beklagten und der Obligation [5] der Ober-Gerichts-Acten in ein klareres Licht zu setzen.

pag. 19. Mußte diesem Allen zufolge das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache bestätigt werden, so war es

III. auch bei der erkannten Verurtheilung des Klägers in die Kosten voriger Instanz zu belassen, und solche Verurtheilung auch auf die Kosten gegenwärtiger Instanz zu erstrecken.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Ex. J. M.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google